

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

A 50 años de codificación
y desarrollo progresivo

Gabriel FERRER ORTEGA
Manuel BECERRA RAMÍREZ
Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Secretaría de Relaciones Exteriores
Acervo Histórico Diplomático

Miembro del Servicio Exterior Mexicano a partir de 2000, en donde ha servido en distintas funciones en el exterior y en la Cancillería como consultor jurídico adjunto "B", encargado del área de tratados internacionales, y director de Litigios de la Consultoría Jurídica. Doctor en Derecho con mención honorífica por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. Maestro en Estudios Diplomáticos por el Instituto Matías Romero de la Secretaría de Relaciones Exteriores y *Laws Master* por la Universidad de Houston. Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM y tutor en el Posgrado de Derecho.



Gabriel

FERRER ORTEGA

Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Director del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* y profesor de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la UNAM. Autor de trabajos sobre derecho internacional y propiedad intelectual.



Manuel

BECERRA RAMÍREZ

LA CONVENCIÓN DE VIENA
SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

A 50 años de codificación y desarrollo progresivo

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 950

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Geynar Quetzali Delgado Muñoz
Cuidado de la edición

Abaleo Ediciones
Formación en computadora

Cristopher Raúl Martínez Santana
Apoyo editorial

GARDOM
Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

*A 50 años de codificación
y desarrollo progresivo*

GABRIEL FERRER ORTEGA
MANUEL BECERRA RAMÍREZ
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES
ACERVO HISTÓRICO DIPLOMÁTICO
México, 2022

SRE	La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados: A 50 años de codificación y desarrollo progresivo / Gabriel Ferrer Ortega, Manuel Becerra Ramírez, coordinadores – 1a. ed. – México: Secretaría de Relaciones Exteriores, Acervo Histórico Diplomático, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.
341.37	
C766	416 pp.
	ISBN: UNAM: 978-607-30-5361-7
	SRE: 978-607-446-210-4
	1. Tratados y convenciones – Derecho internacional – 2. Relaciones internacionales – 3. Derecho internacional I. Ferrer Ortega, Gabriel, coord. II. Becerra Ramírez, Manuel, coord. I. México. Secretaría de Relaciones Exteriores, Acervo Histórico Diplomático. II. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Esta edición y sus características son propiedad de la
Universidad Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 7 de febrero de 2022

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

DR © 2022. Secretaría de Relaciones Exteriores

ACERVO HISTÓRICO DIPLOMÁTICO

Plaza Juárez 20, Centro Histórico
Cuauhtémoc, 06010, Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN UNAM: 978-607-30-5361-7

ISBN SRE: 978-607-446-210-4

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Enrique Graue Wiechers
Rector

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Pedro Salazar Ugarte
Director

María Marván Laborde
Secretaria académica

Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES

Marcelo Ebrard Casaubón
Secretario de Relaciones Exteriores

Alejandro Celorio Alcántara
Consultor Jurídico

Laura Beatriz Moreno Rodríguez
Directora General del Acervo Histórico Diplomático

Gregorio Joaquín Lozano Trejo
Director de Historia Diplomática y Publicaciones

CONTENIDO

Prólogo	XI
Dante Mauricio NEGRO ALVARADO	
Introducción	XVII
Gabriel FERRER ORTEGA	
Manuel BECERRA RAMÍREZ	

PARTE I

APARTADOS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Introducción a la primera parte	3
El principio de <i>Pacta sunt servanda</i> y la obligación de debida diligencia prevista en la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar	7
Fabiola JIMÉNEZ MORÁN SOTOMAYOR	
Reglas de interpretación de la CVDT en la jurisprudencia internacio- nal sobre Derecho del Mar	31
Gabriel FERRER ORTEGA	
Negociación internacional y Derecho de los Tratados en un enfoque de Relaciones Internacionales	51
Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS	
El régimen de reservas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969	85
Gabriela RODRÍGUEZ HUERTA	

PARTE II

RÉGIMEN DE LA CVDT EN DISTINTAS RAMAS
DEL DERECHO INTERNACIONAL

Introducción a la segunda parte	109
La singularidad de los tratados sobre Propiedad Intelectual	113
Manuel BECERRA RAMÍREZ	
El fracaso del consenso como método para adoptar decisiones en las negociaciones de cambio climático	137
Rodolfo GODÍNEZ ROSALES	
La gestión sustentable de sustancias tóxicas a la luz de los compromisos internacionales del Estado mexicano	157
Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ	
El sistema convencional ante el avance del <i>soft law</i> en el contexto de la CHDIP, CIDIP-OEA, CNUDMI y UNIDROIT	181
Martín MUÑOZ LEDO VILLEGAS	
La vida de los tratados de Derecho Internacional Humanitario en el campo práctico	203
Luis Ángel BENAVIDES HERNÁNDEZ	
La interpretación de los Convenios de Ginebra de 1949: una tarea indispensable para mantener su aplicabilidad a los conflictos armados contemporáneos	231
Eric TARDIF CHALIFOUR	

PARTE III

LA CVDT Y EL ORDEN INTERNO

Introducción a la tercera parte	261
Los tratados internacionales ante los tribunales mexicanos	265
Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA	

La incorporación del Estatuto de Roma en el caso mexicano: propuesta de reforma a partir del derecho comparado	293
Iliana RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ	
El alcance de los tratados a la luz de los gobiernos subnacionales. . . .	317
Fausto KUBLI GARCÍA	
Ulises RUIZ-LOPART ESPINOSA	
La CVDT y Estados Unidos de América, una mirada desde México . . .	335
Mario Enrique FIGUEROA MATUZ	
Apuntes con relación a la Ley sobre la Celebración de Tratados	351
Gerardo GUERRERO GÓMEZ	
La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el proceso constitucional en América Latina, un estudio comparativo México-Perú	363
Gabriela MORENO HIDALGO	
El Acervo Histórico Diplomático, los tratados internacionales, la investigación y la difusión	379
Laura Beatriz MORENO RODRÍGUEZ	
Joaquín LOZANO TREJO	
Semblanzas curriculares	389

PRÓLOGO

Después de un intenso proceso de trabajos y negociaciones, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue firmada el 23 de mayo de 1969, hace ya 50 años. La Conferencia Internacional que se reunió con este propósito, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, realizó una tarea extraordinaria con relación a la fuente considerada por muchos, hasta hoy, como la más importante del derecho internacional. Desde ese momento, la Convención de Viena, aun sin haber sido ratificada por todos los países de la comunidad internacional, se convirtió en el referente principal en todo lo relativo a los tratados internacionales: su celebración y entrada en vigor; la formulación de reservas a los mismos; la observancia, aplicación e interpretación de los tratados; su enmienda y modificación; la nulidad, terminación y suspensión de los tratados y sus consecuencias; y no menos importante, todas las normas relativas al depósito, las notificaciones, las correcciones y el registro de estos instrumentos jurídicos.

Como bien refleja el grupo de ensayos que se incluyen en esta publicación, la aplicación del articulado de la Convención de Viena a distintas materias que están reguladas por el derecho internacional (derecho del mar, propiedad intelectual, cambio climático y desarrollo sostenible, derecho internacional humanitario, derecho diplomático, entre otras áreas específicas cubiertas en este libro), ha generado, y lo seguirá haciendo, inmensas posibilidades de debate doctrinario y de desarrollo progresivo en esta rama del derecho, así como un impacto concreto e importante en las relaciones internacionales.

Todos los que nos hemos acercado con menor o mayor profundidad al estudio del derecho internacional, constatamos que las clases y los materiales de estudio en materia de tratados internacionales siguen, en alguna medida, la estructura de la Convención de Viena. No obstante, cuando ponemos estos conocimientos en práctica se corrobora que la realidad es mucho más rica y compleja que el texto y nos plantea desafíos cuya resolución, sin embargo, casi siempre encontrará un referente sólido y útil en el articulado de la Convención.

El derecho internacional de los tratados, cuya máxima representación es la Convención de Viena de 1969, ha planteado, y sigue planteando, retos a la comunidad internacional y académica, algunos de los cuales desearía abordar. Y con solo unos cuantos ejemplos, quiero resaltar la variada naturaleza que revisten estos desafíos y la gran cantidad de aproximaciones que podemos utilizar para abordarlos.

Como apasionados del tema, ya sea desde el mundo académico o desde el ejercicio práctico del derecho internacional, un gran reto es poder encontrar la mejor forma de presentar, aplicar y difundir los tecnicismos contenidos en la Convención. De ello depende en gran medida el éxito en la implementación de un ordenamiento jurídico que se basa principalmente en los tratados internacionales, aunque esta no sea su única fuente. En gran parte de mi práctica profesional al frente del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos, he sido responsable de cumplir la labor de depositario de las convenciones internacionales adoptadas en el marco de dicho organismo internacional y debo confesar que los problemas del día a día de manera cotidiana rebasan al texto convencional, lo que exige una constante labor de interpretación y de integración que no está contenida en ningún material de enseñanza. Esto me lleva a subrayar la relevancia de una publicación como la que hoy tenemos en frente, que permite abordar las complejidades que representa la aplicación de la Convención de Viena a situaciones específicas y constantemente novedosas.

Un reto que se presenta ya en el ámbito de la enseñanza y difusión del derecho internacional de los tratados, y que me toca encarar también de manera directa en las labores docentes que eventualmente realizo, es la pugna constante de las diversas áreas del derecho internacional por tener un lugar en los programas de estudios. Cada día más materias son reguladas por el derecho internacional, incluso las que antes estaban reservadas al dominio exclusivo del derecho interno de los países, y se intenta con mayor o menor éxito que todas estén representadas en los cursos generales. Esto obliga a los docentes a plantearse la cuestión de solo unos cuantos temas dentro del amplio espectro que brinda el derecho internacional de los tratados, y seleccionar la metodología adecuada para presentarlos de una forma práctica y útil.

Cuestiones referentes a la celebración de los tratados y los plenos poderes que se requieren para ello, las formas de manifestación del consentimiento e incluso las reglas de interpretación de los tratados plantean problemáticas recurrentes que deben tenerse en cuenta. La naturaleza jurídica de las

reservas y las opciones que tienen los Estados frente a ellas son muchas veces desconocidas o mal aplicadas y se recurre al empleo de otros mecanismos opcionales con el propósito de encontrar respuestas parecidas o hasta iguales. La denuncia de una convención internacional revive siempre en la práctica la discusión sobre los casos de validez de este acto jurídico, cuando las normas contenidas en la Convención de Viena son claras al respecto.

Existen otros puntos que van más allá del texto de la Convención de Viena, pero que los estudiosos del tema deben tener siempre presentes en sus discusiones. Así, una de las grandes preocupaciones expresadas actualmente por los internacionalistas con relación a los tratados internacionales en numerosos foros y encuentros es la disminución en el número de ratificaciones que estos instrumentos jurídicos reciben. Solo por citar un ejemplo, en lo que va de esta dos primeras décadas, en el sistema interamericano se adoptaron 4 convenciones y 2 protocolos de reforma.

Salvo la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en 2002, que ha recibido 24 ratificaciones (de 35 posibles ratificaciones debido al número de Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos), las más “exitosas” —por decirlo así— han sido la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 (8 ratificaciones), y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (6 ratificaciones). Los otros tres instrumentos no pasan de 2 ratificaciones y más bien, uno de ellos no ha sido ratificado por ningún Estado. He constatado a través de numerosos intercambios con entidades afines que impulsan la codificación del derecho internacional general, tales como Naciones Unidas y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado—por citar solo dos ejemplos— que estas enfrentan situaciones similares con relación a los tratados que han sido adoptados en su seno.

Una de las responsabilidades que tenemos los internacionalistas es preguntarnos por las circunstancias que generan esta situación. Sin embargo, no podemos perdernos en el *espejismo de las ratificaciones* como si estas fuesen el único factor que mide la eficacia de los tratados internacionales. Muchas veces sucede que los Estados no ratifican un tratado, y sin embargo dicho instrumento no deja de producir un impacto en las relaciones interestatales, convirtiéndose en referente generador de conductas que posteriormente habrán de consolidar una norma consuetudinaria.

De manera adicional, hoy en día muchos tratados internacionales no tienen como propósito principal la regulación de relaciones interestatales, sino la promoción de la adopción de legislación y políticas públicas internas

en los países, con el propósito de coadyuvar en el cumplimiento efectivo de sus obligaciones internacionales. Tal es el caso de algunos tratados de derechos humanos. En ocasiones, un país no procede a la ratificación o adhesión debido a la falta de armonización entre el contenido del tratado y alguna norma constitucional en vigor, o a una estructura federativa interna específica que lo impide, pero esto no significa que el Estado no pueda implementar o modificar parte de su normativa en concordancia con los estándares incluidos en el tratado respectivo.

Otros instrumentos internacionales han generado principios de avanzada en campos específicos del derecho internacional, como, por ejemplo, el principio de la autonomía de la voluntad aplicable a la contratación comercial internacional. En su momento, ciertos Estados no estuvieron en condiciones de hacerse parte de los mismos, pero ello no impidió que con el transcurso del tiempo su legislación interna fuera incorporando progresivamente dichos referentes, aunque después no se hayan tomado iniciativas para la consecuente ratificación.

En buena cuenta, pues, una discusión realista sobre la eficacia de los tratados internacionales debe superar este *espejismo* y centrarse en una evaluación mucho más profunda sobre el impacto directo o indirecto que generan estos instrumentos jurídicos. Me atrevo a asegurar que dicho impacto es mayor del que muchos solamente vislumbramos cuando realizamos un mero conteo del número de ratificaciones con que cuentan.

Otra de las críticas a los tratados internacionales como fuente del derecho internacional, está relacionada a la utilización cada vez menor de los procesos de elaboración de tratados, como consecuencia del largo proceso de negociación que involucran y la gran inversión de energías y recursos, tanto humanos como financieros, en un momento en el que dichos recursos son escasos. Si bien es cierto que en los últimos años he sido un acérrimo defensor de los beneficios que conlleva la utilización más frecuente del *soft law* como un medio idóneo para seguir promoviendo el desarrollo progresivo del derecho internacional, de ninguna manera esto quiere decir que abogue por una total desaparición o reemplazo de los procesos codificatorios. Quiero aprovechar esta ocasión para rescatar algunas ideas de por qué sigo considerando dichos procesos como irremplazables, aunque, en definitiva, no la única alternativa.

Es importante señalar que la codificación del derecho internacional a través de la adopción de tratados internacionales no solo preserva el componente estatal del derecho, elemento sin el cual deja de ser autoritativo, al menos en el estado actual de evolución del derecho internacional. También

garantiza la seguridad jurídica que beneficia a todos los actores y sujetos involucrados y tan necesaria en cualquier ordenamiento legal. En ese sentido, creemos que hoy en día existen áreas en las que es necesario contar con normas convencionales, sobre todo cuando se requiere regularlas con obligaciones que vinculen directamente a los Estados en tanto sujetos del derecho internacional. Estas áreas deben ser identificadas de manera precisa y funcional de tal manera que los escasos recursos con que cuentan los organismos y mecanismos internacionales de codificación no dupliquen o, en su caso, multipliquen esfuerzos innecesarios.

Un área que evidentemente requiere de este tipo de procesos, aunque no es la única, es la referida a los derechos humanos, cuyos tratados requieren además el establecimiento de mecanismos internacionales de seguimiento para ser útiles y efectivos. No obstante, aun en estos casos, la tendencia a entrar en detalles excesivos en el contenido convencional puede generar más obstáculos que posibilidades.

En efecto, los tratados internacionales deben incluir los estándares más básicos y generales que permitan a los Estados que aspiran a ser parte de ellos, contar con una serie de referentes mínimos y comunes que les permita posteriormente desarrollar legislación o políticas internas complementarias y/o suplementarias. Es allí donde el *soft law* juega un rol importante en el ámbito internacional, mediante la utilización de leyes modelo, guías legislativas, recomendaciones, programas de acción, etcétera, que garanticen un nivel de implementación más específico, así como una adecuada armonización legislativa entre los Estados, aplicable a aquellas situaciones en que se debe facilitar la cooperación jurídica y judicial internacional.

En buena cuenta, pues, sí es importante seguir respaldando e impulsando las iniciativas internacionales de codificación convencional, pero con una óptica más práctica y una visión más comprehensiva de los otros mecanismos complementarios que existen para satisfacer el propósito del derecho internacional que es una regulación cada vez mayor de las relaciones internacionales con el fin de brindar la correspondiente seguridad jurídica.

En dicha tarea, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ha de seguir cumpliendo el papel de reguladora de todos los aspectos sustantivos y procedimentales que definen a esta fuente de derecho internacional, ya sea directamente a través de su articulado, o en aplicación de la costumbre internacional que recoge.

Me siento muy honrado de haber podido participar en este importante proyecto a través de unas pocas y breves reflexiones que espero no desentonen con el rico contenido que nos aguarda en las próximas páginas.

El derecho internacional es el referente de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas y aunque las normas que componen dicho ordenamiento internacional provienen de distintas fuentes, es indudable que los tratados siguen constituyendo la fuente más utilizada y el referente principal de dicho ordenamiento, y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el principal instrumento que los regula. Debemos pues complacernos por la celebración de sus 50 años de existencia y seguir contribuyendo a su difusión y aplicación práctica como un medio para relevar la importancia de los tratados internacionales y su contribución a un régimen de paz y seguridad en el mundo.

Dante Mauricio NEGRO ALVARADO

INTRODUCCIÓN

El presente libro tiene su origen en la celebración del Seminario “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a 50 años de codificación” organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Secretaría de Relaciones Exteriores, en convergencia con académicos y funcionarios de la propia Cancillería y de otras dependencias. Agradecemos al Dr. Ricardo Méndez Silva por su esfuerzo como coorganizador del mencionado seminario.

El siglo XX vio emerger copiosos tratados internacionales que concentraban una labor de codificación monumental en cuanto a las normas de derecho internacional desarrolladas a través de los siglos. Si bien se sitúan tratados de la talla de las convenciones sobre derecho del mar, sobre derechos humanos o sobre derecho diplomático y consular, hemos de destacar al motivo del presente esfuerzo colaborativo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969, que ha cumplido medio siglo de existencia.

Es precisamente después de medio siglo de la presencia de la CVDT que podemos comprobar cómo, por diferentes razones, ha sido un documento básico en las relaciones internacionales. En principio, por la codificación y el desarrollo progresivo (por ejemplo, con las normas de *jus cogens*) que hace que las normas consuetudinarias moldeen al derecho de los tratados, conformándose incluso como punto de partida para el desarrollo del mismo.

En efecto, tras medio siglo de su creación son perceptibles nuevas formas de acuerdos que no cumplen con las características específicas de la definición de tratados que contiene la CVDT. Por ejemplo, todos esos acuerdos celebrados entre instancias del gobierno, denominados “acuerdos interinstitucionales” en la legislación mexicana, que no son estrictamente del Estado y que indudablemente son necesarios, aún más, en un mundo globalizado.

Asimismo, en esa línea de nuevos desarrollos en el derecho de los tratados, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI-ONU) ha sido un

factor trascendente en el desarrollo de esta materia, por ejemplo, haciendo hincapié en el análisis, estudio y codificación de varias instituciones como la interpretación y la aplicación provisional de los tratados.

Por otra parte, los tratados contemporáneos son complejos por su carácter técnico especializado y, en muchos casos, por su extensión. Vemos, por ejemplo, los tratados de libre comercio, que son verdaderos códigos de comercio, o la III Convención sobre Derecho del Mar (CONVEMAR), que es una verdadera Constitución sobre el derecho que tienen los Estados en el espacio marítimo.

En suma, la explosión de los tratados ha puesto a prueba las reglas de interpretación contenidas en la CVDT y sobre todo ha creado especialidad en diferentes áreas del derecho internacional; por ejemplo, los tratados de derechos humanos cuentan con características concretas que los hace cuerpos normativos singulares; lo mismo en el caso de las normas convencionales del medio ambiente, etcétera.

Con esto, el gran reto, tanto en la doctrina como en su práctica, es lograr una interpretación de carácter homogéneo que no fragmente el derecho internacional, en un esfuerzo por crear un derecho internacional coherente y uniforme; esto es, sin estancos separados y sin contradicciones. Por esto, de ser necesario, se emplean las normas de interpretación contenidas en la CVDT que han demostrado tanto actualidad como potencial para resolver, por ejemplo, la yuxtaposición de normas convencionales en el tiempo.

Conscientes de todas estas situaciones y teniendo en mente como punto de referencia el medio siglo de la CVDT, convocamos a una serie de juristas internacionalistas que, con su experiencia práctica y conocimientos teóricos, pudieron analizar el tema de los tratados internacionales. El resultado de esta convocatoria es el contenido de este libro.

Para sistematizar los trabajos de nuestros colegas, la presente obra está dividida en tres partes. La primera de ellas, “Apartados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, está dedicada a temas propios de la CVDT: principio *Pacta sunt servanda*, interpretación, negociación y reservas. En ella se incluyen los trabajos de Fabiola Jiménez Moran Sotomayor, “El principio de *Pacta sunt servanda* y la obligación de debida diligencia prevista en la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”; Gabriel Ferrer Ortega, “Reglas de interpretación de la CVDT en la jurisprudencia internacional sobre Derecho del Mar”; Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, “Negociación internacional y Derecho de los Tratados en un enfoque de Relaciones Internacionales”; y Gabriela Rodríguez Huerta,

“El régimen de reservas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969”.

La segunda parte, “Régimen de la CVDT en distintas ramas del derecho internacional”, está reservada a la utilización de tratados u otros instrumentos en las distintas ramas de derecho internacional. En ella contamos con los trabajos de: Manuel Becerra Ramírez, “La singularidad de los tratados sobre Propiedad Intelectual”; Rodolfo Godínez Rosales, “El fracaso del consenso como método para adoptar decisiones en las negociaciones de cambio climático”; Marisol Anglés Hernández, “La gestión sustentable de sustancias tóxicas a la luz de los compromisos internacionales del Estado mexicano”; Martín Muñoz Ledo, “El sistema convencional ante el avance del *soft law* en el contexto de la CHDIP, CIDIP-OEA, CNUDMI y UNIDROIT”; Luis Ángel Benavides Hernández, “La vida de los tratados de Derecho Internacional Humanitario en el campo práctico”; Eric Tardif, “La interpretación de los Convenios de Ginebra de 1949: una tarea indispensable para mantener su aplicabilidad a los conflictos armados contemporáneos”.

El tercer apartado “La CVDT y el orden interno”, que presenta la postura de México, los Estados Unidos de América y otros países ante la CVDT. En este último apartado reunimos los trabajos de Virdzhiniya Petrova, “Los tratados internacionales ante los tribunales mexicanos”; Iliana Rodríguez Santibáñez, “La incorporación del Estatuto de Roma en el caso mexicano: propuesta de reforma a partir del derecho comparado”; Fausto Kubli García y Ulises Ruiz-Lopart Espinosa, “El alcance de los tratados a la luz de los gobiernos subnacionales”; Mario Enrique Figueroa Matuz, “La CVDT y Estados Unidos de América, una mirada desde México”; Gerardo Guerrero Gómez, “Apuntes con relación a la Ley sobre la Celebración de Tratados”; Gabriela Moreno Hidalgo, “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el proceso constitucional en América Latina, un estudio comparativo México-Perú”; Laura Beatriz Moreno Rodríguez y Joaquín Lozano Trejo, “El Acervo Histórico Diplomático, los tratados internacionales, la investigación y la difusión”.

En estos trabajos dilucidamos algunos aspectos de la vasta temática que presentan los tratados internacionales en la actualidad, con el fin de aportar elementos útiles en la teoría y en la práctica, para estudiantes, practicantes y futuras investigaciones.

Esta compilación se enmarca en la línea de investigación Estado de Derecho Internacional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Hemos contado con la ayuda técnica de José Emiliano Márquez a quien damos muestra de nuestro reconocimiento.

Por último, queremos agradecer a las instituciones que hacen posible esta publicación, al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y a la Secretaría de Relaciones Exteriores, claro y encomiable ejemplo de la unión de esfuerzos entre la academia y la Cancillería, principal instancia de gobierno en asuntos internacionales del Estado mexicano.

Gabriel FERRER ORTEGA
Manuel BECERRA RAMÍREZ

PARTE I

APARTADOS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA
SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA PARTE

Historiar o glosar a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) resultaría ocioso, habida cuenta la multitud de obras dedicadas a ello. La intención de esta obra es, por otro lado, dar expresión y vida a la dinámica de la instrumentación del Derecho de los Tratados en la interacción entre Estados y la incorporación al sistema interno. Por ello, esta obra está dividida en 3 partes, la primera de ellas dedicada a temas relevantes propios de la CVDT, *pacta sunt servanda*, interpretación, negociación y reservas; la segunda parte, reservada a la utilización de tratados u otros instrumentos en las distintas ramas de Derecho Internacional y, un último apartado, que presenta la postura de México, los Estados Unidos de América y otros países ante la CVDT.

Pues bien, para concretar este trabajo ha sido menester estudiar el fenómeno de la celebración de tratados internacionales en distintos ámbitos por lo que se decidió iniciar con el principio toral para el Derecho de los Tratados, el principio *Pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de la CVDT. A ello se aboca el estudio de Fabiola Jiménez Morán Sotomayor, quien reconoce la existencia de este principio antes de la conclusión de la CVDT, podríamos añadir, por siglos.

Para dar vida al principio, el capítulo revisa una disposición de Derecho Internacional con un dinamismo importante: la obligación de debida diligencia previsto en la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), *id est*, la instrumentación en derecho interno de normas, reglamentos y procedimientos para regular la realización de actividades en dicho espacio.

En este apartado, además de tratarse la minería submarina en la Zona creada por la CONVEMAR, se exponen las consecuencias del incumplimiento para aquellos Estados que no observen la “debida diligencia”, tanto en materia de responsabilidad internacional como en relación a la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

El trazado de este apartado comienza con un espacio dedicado a observar a la CONVEMAR a la luz de la CVDT, tocando puntos principales en Derecho de los Tratados, como la prevalencia de la CONVEMAR sobre ins-

trumentos anteriores, la no admisión a la formulación de reservas ni excepciones, la conexidad con instrumentos derivados de la CONVEMAR, entre otros tópicos.

El punto escogido de la CONVEMAR es actual y atrayente, la Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad y se encuentran regularmente a profundidades de miles de metros, en un área en que las exploraciones humanas están por desarrollarse. Esto implica que su explotación debe realizarse exclusivamente con fines pacíficos y en beneficio de todos los países, especialmente de los Estados en desarrollo.

Es particular también el análisis ya que éste se auxilia de la interpretación de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS, por sus siglas en inglés), tribunal dedicado exclusivamente a la aplicación e interpretación de la CONVEMAR y que precisó las responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan actividades en la Zona en su Opinión Consultiva número 17, del primero de febrero de 2011.

En la tarea de desentrañar el sentido de la CONVEMAR, tanto el ITLOS como otros tribunales han recurrido a las reglas de interpretación fijadas en la CVDT, ya sea por la vía convencional o reconociendo que las disposiciones reflejadas en su texto forman parte de la costumbre internacional. A ello dedica su trabajo Gabriel Ferrer Ortega, en una glosa, punto por punto, del articulado de la CVDT en un estudio de casos de la jurisprudencia internacional en materia del Derecho del Mar.

Entre los casos estudiados resalta el arbitraje del Mar del Sur de China, cuyo laudo de cerca de 500 páginas conforma una obra ejemplar para el estudio de la interpretación del Derecho Internacional, amén de ser un intento inacabado por lograr estabilizar una de las regiones más conflictivas en el mundo entero. En este apartado surgen, entre otras, las interrogantes: ¿serán suficientes las reglas de interpretación adoptadas por la CVDT?, ¿cómo aplicar un término que ha evolucionado su significado?

Otro punto importante es la negociación, punto que no se encuentra regulado en la CVDT. A ello dedica su colaboración Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, quien analiza si sería conveniente el desarrollo normativo de la regulación de las negociaciones de tratados. Entonces, cualquiera que fuese la postura que se adopte, los Estados podrían preferir tener libertad en la negociación, esta parte inicial del periplo hacia la formación de un tratado internacional resulta interesante para el estudioso del fenómeno internacional.

En otro punto y concluido un tratado, un Estado puede limitar o matizar los efectos o las obligaciones del mismo. La CVDT permite la formu-

lación de reservas a los tratados con ciertas condiciones. A la explicación y el estudio de las reservas y declaraciones interpretativas dedica Gabriela Rodríguez sus esfuerzos en el apartado que acomete en esta obra colectiva. El trazado en este apartado resulta muy oportuno y distingue tres tiempos sobre la formulación de reservas: *i)* el régimen previo a la CVDT, *ii)* las reglas de la CVDT, y *iii)* la práctica actual.

En el historiar de las reglas sobre las reservas a tratados, puede descubrirse una flexibilización de las mismas. De la regla de “unanimidad”, es decir, que todos los Estados estuvieran de acuerdo en la reserva, se fueron adoptando nuevas fórmulas más elásticas. En el texto es notable que el “europeísmo” del Derecho Internacional es claro, que ha cedido en terrenos como el Derecho de los Tratados al aceptar la práctica americana y los aportes jurisprudenciales, particularmente de la Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio de la CIJ de 1951.

Tanto en este apartado como en la mayoría de los aquí compilados puede verse el esfuerzo de múltiples actores que abonaron en la redacción de la CVDT, entre otros individuos que encabezaron los trabajos de la CDI, Estados con iniciativas que lograron consensos, foros internacionales como la CIJ y la propia Asamblea General de la ONU y doctrinarios que elaboraron teorías resonantes y han recogido el trabajo de todos los actores en su conjunto.

Del capítulo respectivo, queda claro que existen dos documentos que son necesarios para analizar el régimen de la formulación de reservas en la práctica actual, cuyo texto es señalado y comentado en el apartado que comentamos: *i)* la Guía sobre la Práctica de las Reservas de los Tratados publicada en 2011 por la Comisión de Derecho Internacional, y *ii)* el Manual de Tratados de Naciones Unidas del 2001.

Es también valioso que el trabajo sobre reservas se ocupe del estudio de las declaraciones interpretativas que no están previstas por el régimen de Viena, pero sí en el Manual de Tratados de Naciones Unidas del 2001.

El régimen de reservas en Derecho de los Tratados es un apartado de lo más complejo y la lectura de éste para el funcionario y el estudioso del Derecho Internacional resulta práctica por la claridad con la que se abordan distintos supuestos de formulación de reservas y declaraciones, así como de aceptación y objeciones a las mismas. Queda así explicado de una manera clara y concisa el tema en cuestión, labor que debe considerarse ardua cuando se hace el contraste con el trabajo de relatores de la Comisión de Derecho Internacional, como el reconocido internacionalista Allain Pellet, quienes han dedicado cientos de páginas a tratar de explicarlo.

EL PRINCIPIO DE *PACTA SUNT SERVANDA* Y LA OBLIGACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA PREVISTA EN LA PARTE XI DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

Fabiola JIMÉNEZ MORÁN SOTOMAYOR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La CONVEMAR a la luz de la CVDT*. III. *La obligación de debida diligencia de los Estados que patrocinan actividades en la Zona*. IV. *El principio de Pacta sunt servanda y su aplicación ante distinto tipo de obligaciones*. V. *Consecuencias del incumplimiento de una obligación absoluta o erga omnes*. VI. *La obligación de debida diligencia y las posibles consecuencias de su incumplimiento con relación al principio de patrimonio común de la humanidad*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El 23 de mayo de 2019 se conmemoró el 50 aniversario de la adopción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT). Durante este medio siglo, la CVDT ha sido piedra angular para el funcionamiento del sistema multilateral internacional, contribuyendo significativamente a la consolidación del estado de derecho internacional, esto gracias a que sistematiza las reglas que regulan la vida de todo tratado internacional —exceptuando aquellos celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre éstas últimas—¹ y provee a los Estados Parte de herramientas y mecanismos para la solución pacífica de controversias.

La contribución de la CVDT al derecho internacional fue doble. Al tiempo que sistematizó el derecho consuetudinario vigente en su época, contribuyó al desarrollo progresivo del mismo. Esto último particularmente en el ámbito de la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los

¹ ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, artículo 1.

tratados, temas que se regulan en su Parte V. Si bien antes de la CVDT había práctica internacional en cuanto a estos temas, la misma no era sólida ya que derivaba de práctica aislada de los Estados o de pronunciamientos arbitrales o judiciales inconexos. Fue en la CVDT donde se lograron consolidar estos temas.² Aunque únicamente 116 de los 193 Estados Parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) son parte de la CVDT,³ se puede considerar que los preceptos contenidos en la misma son universalmente aceptados, incluso, varios de ellos tienen ya el carácter de derecho consuetudinario vigente.⁴

Si bien la CVDT es un tratado consolidado, el derecho de los tratados sigue siendo materia de estudio y análisis y se encuentra en evolución. Muestra de ello es que dos de los temas a los que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU se ha abocado en los últimos años han estado ligados a la interpretación de la CVDT. El primero fue las reservas a los tratados, respecto de las cuales la CDI emitió una guía en 2011.⁵ El segundo fue el de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, tema sobre el cual emitió recomendaciones en 2018.⁶

La CVDT es un instrumento vivo que ha repercutido en la celebración y operación de una amplia gama de tratados celebrados desde que ésta entró en vigor.⁷ El propósito de este artículo es realizar un ejercicio práctico sobre la manera en la que se está implementando el principio de *Pacta sunt servanda*, previsto en la CVDT, al instrumentar un tratado internacional. Como materia para realizar este análisis se ha elegido a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR).

² Karl Zemanek, “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt-s.pdf>.

³ ONU, “Chapter XXIII; Law of Treaties”, United Nations Treaty Collection, Organización de las Naciones Unidas (web), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en.

⁴ CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros project (Hungary / Slovakia)*, Fallo, 25 de septiembre de 1997, párr. 46.

⁵ Comisión de Derecho Internacional, “Oral report by the Chairman of the Working Group on Reservations to Treaties, Mr. Marcelo Vázquez Bermúdez”, 2011, Analytical Guide to the Work of the International Law Commission (web), https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/63/pdfs/reservations_to_treaties_report_20may2011.pdf.

⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/73/202, Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, 2018.

⁷ De acuerdo con la CVDT, la misma es aplicable sólo a los tratados “que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de [la misma] con respecto a tales Estados”. ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 4.

La selección de la CONVEMAR responde a que es un tratado *sui generis* por varios motivos. Es el tratado más extenso hasta ahora celebrado y regula la *quasi* totalidad de los temas relacionados a los océanos. Si bien no tiene una aceptación universal, la misma sí es muy amplia.⁸ Además, es un tratado que aún está en configuración o ampliación ya que actualmente se están llevando a cabo las negociaciones de su tercer acuerdo complementario, que habrá de regular lo relativo a la biodiversidad marina más allá de los límites de la jurisdicción nacional.⁹ Finalmente, como se verá a detalle más adelante, en ella se han instrumentado muchas de las figuras previstas en la CVDT, tales como la aplicación provisional y la existencia de acuerdos conexos, por mencionar un par de ejemplos.

La CONVEMAR es un tratado muy amplio. El examen de la manera en que se están poniendo en práctica la totalidad de sus preceptos excedería el alcance del presente artículo. Por ello, el análisis que se pretende realizar estará centrado exclusivamente en una obligación prevista en su Parte XI, a la cual un importante porcentaje de Estados Parte que patrocinan actividades en la Zona¹⁰ no está dando cumplimiento: la obligación de debida diligencia. Esta obligación consiste en instrumentar en derecho interno normas, reglamentos y procedimientos para regular la realización de actividades en dicho espacio. El propósito de este análisis será determinar si, al no desarrollar esta normatividad, los Estados que pertenecen tanto a la CONVEMAR como a la CVDT están incumpliendo la obligación de *Pacta sunt servanda* prevista en el artículo 26 de ésta última.

El desarrollo de este artículo se llevará a cabo en cuatro tiempos. Primeramente, se presentará un panorama general de la CONVEMAR a la luz de la CVDT. Posteriormente, se expondrá a grandes rasgos en qué consiste la obligación de debida diligencia. En un tercer tiempo, se analizará si el no cumplimiento de esta obligación por algunos Estados patrocinadores podría implicar una violación del artículo 26 de la CVDT. Por último, se reflexionará sobre las consecuencias de este incumplimiento.

⁸ A abril de 2020, la CONVEMAR y la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos cuentan con 168 Estados Parte. Para mayor referencia véase Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Member States”, Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (web), <https://www.isa.org.jm/member-states>.

⁹ Para mayor información sobre este proceso de negociación visitar la página oficial de la Organización de las Naciones Unidas sobre el tema: ONU, “Intergovernmental Conference on Marine Biodiversity Areas Beyond National Jurisdiction” (web), <https://www.un.org/press/en/highlights/BBNJ>.

¹⁰ Término empleado por la CONVEMAR para denominar a los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Véase ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, artículo 1, párrafo 1, inciso 1.

II. LA CONVEMAR A LA LUZ DE LA CVDT

La CONVEMAR no fue la primera convención celebrada para regular lo relacionado con los océanos y el derecho del mar, pero sí fue la primera en hacerlo de forma holística. Antes de ella, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas se celebraron dos conferencias sobre el derecho del mar, una en 1958 y otra en 1960. El resultado de la primera fueron cuatro convenciones y un protocolo.¹¹ El de la segunda fueron únicamente dos resoluciones.¹² La existencia de cinco instrumentos que regularan diversos aspectos relacionados al derecho del mar, podía causar la fragmentación de esta rama del derecho, ya que los Estados podían elegir adherirse únicamente a aquellas convenciones que tuviesen preceptos que les resultaran convenientes, sin tener que obligarse a cumplir aquellos que no les resultaban atractivos. Por ello entre 1973 y 1982 se llevó a cabo la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, con el propósito de desarrollar un único instrumento que regulara todas lo relativo a los océanos. Este instrumento fue la CONVEMAR.

La CVDT es aplicable a la CONVEMAR dado que las negociaciones de ésta última concluyeron en diciembre de 1982, casi tres años después de la entrada en vigor de la CVDT. En cuanto a su relación con las convenciones fruto de la I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la CONVEMAR establece su prevalencia sobre éstas últimas en las relaciones entre los Estados que sean parte de ambos instrumentos.¹³ Esto es acorde con lo previsto en la CVDT en relación con la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.¹⁴

Una característica relevante de la CONVEMAR es que, exceptuando las expresamente autorizadas por ella misma, no admite la formulación de reservas ni excepciones.¹⁵ Esto con el fin de preservar la idea de que su contenido es un paquete que debe aceptarse de manera integral, sin que los Estados

¹¹ Los instrumentos emanados de la I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fueron: la Convención de la Plataforma Continental; la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua; la Convención de Altamar; la Convención de Pesca y Conservación de los Recursos Vivos en Altamar; y el Protocolo facultativo sobre solución de controversias.

¹² Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, A/CONF.19/L.15, Final Act of the Second United Nations Conference on the Law of the Sea, 1960.

¹³ ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, artículo 311.

¹⁴ ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 30.

¹⁵ ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, artículo 309.

puedan elegir adherirse sólo a algunas de sus partes.¹⁶ Una peculiaridad más es que este tratado ésta integrado por tres instrumentos que constituyen un todo, la CONVEMAR propiamente dicha y sus dos acuerdos complementarios: el relativo a la aplicación de la Parte XI, celebrado en 1994 —en adelante Acuerdo de 1994— y el Acuerdo sobre las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones Altamente Migratorias, celebrado en 1995. Además, como se mencionó previamente, en la actualidad se están llevando a cabo las negociaciones de un tercer acuerdo complementario. Estos tres acuerdos son instrumentos conexos en términos de la CVDT.¹⁷

En relación con las enmiendas, la CONVEMAR establece un procedimiento especial para llevar a cabo las relativas a su Parte XI, la cual regula la Zona.¹⁸ La existencia de un régimen especial para regular las enmiendas de la Parte XI de la CONVEMAR se debe a que el tema de la Zona tiene una importancia especial. La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad. Esto implica que su explotación debe realizarse exclusivamente con fines pacíficos y en beneficio de todos los países, especialmente de los Estados en desarrollo.¹⁹ Con el objeto de garantizar el respeto a estos principios, el Acuerdo de 1994 establece como limitante para que se puedan realizar enmiendas a la Parte XI el que éstas no sean contrarias a la existencia de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (en adelante la Autoridad, organización internacional creada por la propia CONVEMAR para administrar y preservar la Zona en nombre de toda la humanidad), ni a los principios en cuestión.²⁰

Una última característica que se desea destacar de la CONVEMAR, también vinculada al régimen de la Zona, es que su Acuerdo de 1994 fue aplicado de manera provisional²¹ del 16 de noviembre de 1994, fecha en la que entró en vigor la CONVEMAR, al 27 de julio de 1996, entrando en vigor al día siguiente. La aplicación provisional del Acuerdo de 1994 se previó con la finalidad de evitar que la Parte XI de la CONVEMAR se aplicase sin que

¹⁶ Myron H. Nordquist *et al.* (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A commentary*, vol. V, Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 222.

¹⁷ ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 2, inciso a).

¹⁸ ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, artículos 314, 315 y 316.

¹⁹ *Ibidem*, artículos 136 a 141.

²⁰ ONU, Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1994, anexo, sección 4.

²¹ La aplicación provisional del Acuerdo de 1994 se realizó con fundamento en el artículo 7 de dicho Acuerdo y en el artículo 25 de la CVDT, el cual prevé la posibilidad de aplicar provisionalmente un tratado.

el Acuerdo de 1994 lo hiciese también. Este escenario deseaba evitarse ya que, de suscitarse, cabía la posibilidad de que las primeras actividades que se llevaran a cabo en la Zona se rigieran únicamente por la CONVE-MAR.

Sin ahondar excesivamente en el tema, se considera relevante precisar que el Acuerdo de 1994 fue celebrado con el objetivo de lograr un equilibrio entre dos posiciones que se tenían en relación con los principios y sistema que debían regir la exploración y explotación de los recursos de la Zona. La primera de ellas, partía de que la Empresa, organización autónoma creada por la propia CONVE-MAR, sería el brazo operativo de la Autoridad para llevar a cabo *per se* actividades en los fondos marinos internacionales sin requerir la participación de Estados o entidades privadas.

Con el fin de lograr lo anterior, la Empresa fue forjada como un ente de naturaleza dual que fungiría al tiempo como firma privada y como corporación industrial y comercial de carácter internacional. La Parte XI otorgaba a la Empresa una ventaja económica sobre los Estados interesados en explotar el fondo marino. Esta ventaja consistía en que los Estados Parte tendrían que proporcionarle los fondos necesarios para la exploración y explotación de un sitio marino y transferirle tecnología. No obstante, estas obligaciones fueron dejadas sin efecto por el Acuerdo de 1994. En su lugar, dicho Acuerdo estableció que para que la Empresa pueda llevar a cabo actividades en los fondos marinos internacionales tendrá que asociarse con terceros mediante el mecanismo de empresa conjunta. Adicionalmente, determinó que no podrá operar hasta que pueda hacerlo sin requerir financiamiento de los Estados Parte para ello. A la fecha, la Empresa aún no ha entrado en funciones. La aplicación provisional del Acuerdo de 1994 garantizó que esta segunda visión, que buscaba lograr un equilibrio entre el principio de patrimonio común de la humanidad y la naturaleza lucrativa de las actividades mineras, se aplicase desde la entrada en vigor de la CONVE-MAR.

En esta sección se expusieron las características generales de la CONVE-MAR bajo los parámetros de la CVDT y se presentaron brevemente algunas características del régimen de la Zona. A continuación, se ahondará en un tema regulado por la Parte XI de esta constitución de los océanos: el sistema para realizar actividades de exploración y explotación en la Zona. La profundización sobre este tema estará centrada en la obligación de debida diligencia que tienen los Estados que patrocinan actividades en la Zona. Tras exponer el contenido, alcance y nivel de cumplimiento de dicha obligación se contará con los elementos necesarios para determinar si existe una violación del principio de *Pacta sunt servanda*, debido al incumplimiento de la misma.

III. LA OBLIGACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA DE LOS ESTADOS QUE PATROCINAN ACTIVIDADES EN LA ZONA

El sistema de actividades de exploración y explotación de minerales previsto por la CONVEMAR es conocido como sistema paralelo. Esto se debe a que permite que dichas actividades sean realizadas simultáneamente, pero de manera independiente, por tres actores: la Empresa —de la que se habló previamente—, Estados Parte o empresas estatales y empresas privadas y personas naturales o jurídicas que posean la nacionalidad de Estados Partes o que sean efectivamente controladas por ellos.²² Todos los actores antes referidos requieren presentar un plan de trabajo y celebrar un contrato con la Autoridad para poder llevar a cabo dichas actividades.²³

Para realizar actividades en la Zona, además de firmar un contrato, las empresas privadas requieren contar con el patrocinio de un Estado Parte de la CONVEMAR. El patrocinio es un vínculo por medio del cual un instrumento de derecho internacional público como la CONVEMAR —tratado que conforme al derecho internacional es vinculante sólo para sus Estados Parte—, se aplica a un ente de derecho privado que no es parte de dicho instrumento, en este caso una empresa.²⁴ Al aceptar ser patrocinador, el Estado adquiere la obligación de velar por que la empresa realice sus actividades conforme al régimen de la CONVEMAR y, de no cumplir con esta obligación, puede incurrir en responsabilidad internacional.

La CONVEMAR enuncia de manera genérica las obligaciones de los Estados que patrocinan actividades en la Zona.²⁵ Dado que no las detalla, de inicio existía poca claridad respecto al contenido de las mismas y sobre las medidas que los Estados Parte debían tomar para darles cumplimiento. Estas dudas fueron esclarecidas por la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en adelante Sala de Controversias) en su Opinión Consultiva del 1 de febrero de 2011, rela-

²² ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, artículo 153, párrafo 2.

²³ ONU, Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, anexo, sección 2, párrafo 4.

²⁴ Tribunal Internacional de Derecho del Mar, Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports, 2011, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf, párrafo 75.

²⁵ ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, artículos 139, 153 y párrafo 4 del artículo 4 del Anexo III.

tiva a las Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan actividades en la Zona (en lo sucesivo la Opinión Consultiva).

En la Opinión Consultiva, la Sala de Controversias concluyó que los Estados que patrocinan actividades en la Zona tienen dos tipos de obligaciones: directas o de resultado, relacionadas con la protección y preservación del medio marino; y, una obligación de debida diligencia o de conducta.²⁶ No se ahondará en el contenido de las obligaciones directas por no estar vinculadas al tema del presente artículo.

Respecto a la obligación de debida diligencia, la Sala de Controversias concluyó que la misma consiste en que el Estado patrocinador adopte en su sistema jurídico interno leyes, reglamentos o medidas administrativas con un doble objetivo, asegurar que el contratista cumpla sus obligaciones conforme a la CONVEMAR al realizar las actividades en la Zona y, evitar incurrir en responsabilidad internacional en caso de que, como resultado de las actividades que lleve a cabo dicho contratista, se cause un daño al medio marino.²⁷

La Opinión Consultiva enfatizó que el grado de detalle y contenido de las disposiciones que un Estado Parte incluya en su sistema jurídico interno para instrumentar la Parte XI de la Convención dependerán, en gran medida, de las características de su sistema legal.²⁸ Por consiguiente, reconoció que los Estados patrocinadores tienen un amplio margen para decidir qué tipo de normatividad establecer y qué incluir en ella. No obstante, la Sala de Controversias sí fijó un parámetro que debe cumplir la normatividad a desarrollar por parte del patrocinador. Éste consiste en que las medidas que instrumente deben ser razonablemente adecuadas, entendiendo por esto que las mismas deben mantenerse en revisión constante para garantizar que estén actualizadas a la luz de los avances científicos y técnicos que se den, particularmente en lo que toca a la preservación del medio marino.²⁹

Hasta abril de 2020, la CONVEMAR y la Autoridad tuvieron 168 Estados Parte, de estos únicamente 16 han manifestado a la Autoridad que cuentan con normatividad que regula en su sistema jurídico interno la realización de actividades en la Zona.³⁰ De las 16 normatividades existentes

²⁶ Tribunal Internacional de Derecho del Mar, Responsibilities and obligations..., *cit.*, párrafo 3.

²⁷ *Ibidem*, p. 77, primer párrafo del punto resolutivo 5.

²⁸ *Ibidem*, párrafo 234.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 222.

³⁰ Los Estados en cuestión son Alemania, Bélgica, China, Fiyi, Federación de Rusia, Francia, Islas Cook, Japón, Kiribati, Nauru, Nueva Zelanda, República Checa, Reino Unido, Singapur, Tonga y Tuvalu. Para ahondar sobre el tema véase *Autoridad Internacional de*

sólo 13 son acordes a la CONVENMAR.³¹ Esto implica que únicamente 7.73% de los Estados Parte de la CONVENMAR han desarrollado una normatividad en la materia. No obstante, hay que recordar que la obligación de debida diligencia es únicamente exigible a aquellos Estados que patrocinan actividades en la Zona. Esto queda claro tanto en la propia CONVENMAR³² como en la Opinión Consultiva.³³ Por ende, al valorar el grado de cumplimiento de la obligación en cuestión debe tenerse en cuenta a los Estados patrocinadores de actividades en la Zona y no a la totalidad de Estados Parte de la CONVENMAR.

Actualmente, hay 20 Estados patrocinando la realización de actividades en la Zona.³⁴ De estos, únicamente la mitad cuenta con normatividad acorde a la CONVENMAR, para regular la realización de actividades en dicho espacio bajo su patrocinio. Esto implica que al menos 50% de los Estados patrocinadores estarían incurriendo en responsabilidad internacional en caso de que se causara un daño a la biodiversidad marina de la Zona, en el marco de las actividades que estén patrocinando. El porcentaje de Estados que se encuentran en esta situación de riesgo podría incrementar si se analiza a detalle la normatividad de los diez Estados patrocinadores que sí cuentan con una. En caso de que se concluyera que la normatividad de alguno de ellos no se ha actualizado de manera adecuada para estar a la par de los desarrollos científicos y técnicos, cabría la posibilidad de que se encontrasen también en riesgo de incurrir en responsabilidad.

Del análisis previamente realizado se puede concluir que hay una taza importante de incumplimiento de la obligación de debida diligencia por parte de los Estados patrocinadores. Teniendo claro lo anterior, cabe pre-

los *Fondos Marinos*, “National Legislation Database”, <https://www.isa.org.jm/national-legislation-database>.

³¹ Rusia y Japón son dos Estados Parte de la CONVENMAR que sí tienen normatividad en la materia, pero la misma no es acorde a la CONVENMAR. Esto se debe a que desarrollaron su normatividad antes de que concluyeran las negociaciones de dicho instrumento. A la fecha no han actualizado su normatividad para hacerla acorde. Por su parte, las Islas Cook ya desarrolló una normatividad conforme a la CONVENMAR. No obstante, la misma aún no ha entrado en vigor.

³² ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, artículo 139, párrafo 1 y anexo III, artículo 4, párrafo 4.

³³ Desde su título, la Opinión Consultiva está centrada en las obligaciones de los Estados que patrocinan actividades en la Zona. En ella queda expresamente dicho que todo lo que en la misma se concluye aplica exclusivamente a los Estados patrocinadores y no a todos los Estados Parte de la CONVENMAR.

³⁴ Alemania, Bélgica, Brasil, Bulgaria, China, Corea, Cuba, Eslovaquia, Federación de Rusia, Francia, India, Islas Cook, Japón, Kiribati, Nauru, Polonia, Reino Unido, República Checa, Singapur y Tonga.

guntarse si el incumplimiento de esta obligación constituye o no una violación del principio de *Pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de la CVDT. La siguiente sección de este artículo buscará responder a esta interrogante. Para hacerlo, se analizará el contenido y alcance de la obligación *Pacta sunt servanda*, para de allí determinar las condiciones en las que se está dando incumplimiento a la misma.

IV. EL PRINCIPIO DE *PACTA SUNT SERVANDA* Y SU APLICACIÓN ANTE DISTINTO TIPO DE OBLIGACIONES

“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.³⁵ Así reza el principio de *Pacta sunt servanda* consagrado en la CVDT. Dicho principio es la piedra angular del derecho de los tratados e indudablemente, es mucho más antiguo que la CVDT. Sin afán de hacer un recuento histórico exhaustivo, y sólo como ejemplo, se puede destacar que uno de los antecedentes más remotos de este principio se encuentra en el derecho romano, en el cual era utilizado bajo un enfoque de derecho privado.³⁶ Ya en el contexto del derecho internacional público contemporáneo, una de las primeras menciones que se hacen de este principio aparece en el preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones.³⁷ El principio de *Pacta sunt servanda* es reconocido como costumbre internacional y como principio general del derecho. Este doble reconocimiento deriva tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. El reconocimiento universal de este principio es también destacado en el preámbulo de la CVDT.³⁸

El principio de *Pacta sunt servanda* es aplicable a todas las obligaciones previstas en cualquier tratado que esté en vigor o que esté siendo aplicado de manera provisional.³⁹ Para dar cumplimiento a este principio, los Estados Parte de un tratado deben de actuar de buena fe para llevar a cabo sus

³⁵ ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 26.

³⁶ Christina Binder y Jane A. Hofbauer, “The *Pacta Sunt Servanda* Principle or the Limits of Interpretation: The Gabčíkovo-Nagymaros Case Revisited”, en Serena Forlati *et al.* (eds.), *The Gabčíkovo-Nagymaros Judgment and its Contribution to the Development of International Law*, Leiden, Brill, 2020, p. 59.

³⁷ Department of State, The Covenant of the League of Nations, 1919, párrafo quinto preambular, <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1919Parisv13/ch10subch1>.

³⁸ ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, párrafo tercero preambular.

³⁹ Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2a. ed., Alemania, Springer-Verlag GmbH, 2018, p. 478.

obligaciones. El actuar de buena fe implica principalmente dos cuestiones: no tomar acciones adversas o perjudiciales para el cumplimiento del objeto de un tratado y poner el cumplimiento del mismo y la voluntad de las Partes al negociarlo por encima de la interpretación literal, cuando éste se tenga que interpretar.⁴⁰

La obligación de *Pacta sunt servanda* tiene tres facetas para cada Estado Parte de un tratado. Por una parte, implica el deber de cumplir con todas las obligaciones previstas en el mismo. Por la otra, conlleva el derecho de exigir al resto de los Estados Parte que hagan lo propio. Esto segundo deriva del principio de reciprocidad bajo cuya lógica, el incumplimiento de obligaciones por parte de un Estado cuestiona el propósito o razón de ser del tratado al cual él mismo es Parte pertenece.⁴¹ Por último, conlleva el no abusar de los derechos que otorga el tratado en cuestión.

La CONVEMAR incluye dentro de sus preceptos al principio de *Pacta sunt servanda*, en su artículo 300 establece que los Estados Parte de dicho tratado “...cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con [la] Convención y ejercerán los derechos, competencias y libertades reconocidos en ella de manera que no constituya un abuso de derecho”.⁴² Así pues, la CONVEMAR hace eco del principio de *Pacta sunt servanda*, incluyendo una disposición similar al artículo 26 de la CVDT —pero no idéntica—. La diferencia central entre la formulación que del principio de *Pacta sunt servanda* hace la CVDT y la que hace la CONVEMAR radica en que esta última es más detallada. Al exigir que las partes actúen de buena fe respecto al tratado, la CVDT considera únicamente el deber de cumplir las obligaciones, sin mencionar el de no hacer mal uso o abuso de los derechos. Si bien se puede argumentar que esta segunda parte de la obligación de actuar de buena fe está implícita, al mencionarla de forma expresa la CONVEMAR la hace resaltar, dejando en claro que el no abuso de derecho tiene tanta relevancia como el cumplimiento de obligaciones. En opinión de quien escribe, lo anterior representa una mejora en la redacción del principio *Pacta sunt servanda* y, por lo tanto, una contribución valiosa de la CONVEMAR al derecho de los tratados.

De acuerdo con la CVDT, cuando el incumplimiento del principio de *Pacta sunt servanda* está vinculado a la violación grave de un tratado bilateral o multilateral, la consecuencia del mismo podrá ser la suspensión o terminación de dicho tratado.⁴³ Cabe precisar que, conforme a la propia CVDT, para que esta consecuencia pueda suscitarse en el caso de un tratado mul-

⁴⁰ (*Hungary / Slovakia*), *cit.*, párrafo 142.

⁴¹ Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *op. cit.*, p. 480.

⁴² ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, artículo 300.

⁴³ ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 60.

tilateral, se requiere que exista unanimidad entre todas las partes de dicho instrumento, que no cometieron la violación grave, respecto a la decisión de suspender o terminar el mismo.⁴⁴ Ahora bien, la CVDT define como violación grave la que tiene que ver con el incumplimiento de “una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado”.⁴⁵

Si bien tanto el principio de reciprocidad como las consecuencias de violaciones graves a un tratado son, por regla general, similares tanto en el ámbito bilateral como en el multilateral, existen algunos matices significativos entre ambos planos. Uno de ellos está relacionado con la naturaleza de las obligaciones que se incumplen. La mayoría de las obligaciones previstas tanto en tratados bilaterales como multilaterales son obligaciones recíprocas o interdependientes. Las mismas se clasifican así porque el cumplimiento que de ellas haga un Estado Parte está condicionado a que el resto de Estados Parte hagan lo propio.⁴⁶ Es decir, operan bajo una lógica de intercambio recíproco de beneficios entre los Estados Parte.

Si bien la mayoría de las obligaciones previstas en los tratados son mutuas, en algunos tratados multilaterales existen obligaciones que escapan a esta lógica de interdependencia. Éstas se denominan no recíprocas o absolutas y su principal característica es que no persiguen el beneficio particular de un Estado sino el de toda la comunidad internacional en su conjunto.⁴⁷ Ejemplo de obligaciones absolutas las encontramos en tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio de 1948 o la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984. La naturaleza de las obligaciones absolutas fue claramente explicada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre *las reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio*. En ella la Corte expresó que:

En esta Convención los Estados Parte no tienen ningún interés propio, todos tienen un único interés común, el de cumplir los altos propósitos que son la razón de ser de la Convención. Por consiguiente, en una Convención de este tipo, uno no puede hablar de ventajas o desventajas individuales para los Estados, ni del mantenimiento de un balance contractual perfecto entre derechos y obligaciones.⁴⁸

⁴⁴ *Ibidem*, artículo 60, párrafo 2, inciso a.

⁴⁵ *Ibidem*, artículo 60, párrafo 3, inciso b.

⁴⁶ Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *op. cit.*, p. 480.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 481.

⁴⁸ CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Opinión Consultiva, 28 de mayo de 1951, p. 15. Traducción de la autora. Texto original: “In

Algunas obligaciones absolutas son además obligaciones *erga omnes*. En el contexto del derecho de los tratados, se denomina de esta manera a aquellas obligaciones cuyo cumplimiento de buena fe es del interés de todos los Estados Parte.⁴⁹ La naturaleza de estas obligaciones fue expresada por la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Barcelona Traction* en el que manifestó que hay una distinción esencial entre las obligaciones que se deben a Estados en particular y aquellas que se deben a toda la comunidad internacional en su conjunto. En relación con las últimas, la Corte expuso que “en vista de la importancia de los derechos involucrados, se puede considerar que todos los Estados tienen interés legal en su protección”.⁵⁰

Las normas *erga omnes* aparecen inicialmente vinculadas con la protección de la persona humana, por lo que se contemplaban en tratados de derecho internacional humanitario. Posteriormente se previeron en otros ámbitos como el del derecho ambiental. Un ejemplo de obligación *erga omnes* en este ámbito sería la de cooperar para prevenir la contaminación del medio marino. Esta obligación está prevista en la Parte XII de la CONVEMAR. Lo anterior demuestra que la característica principal de las obligaciones *erga omnes* no es la materia sobre la que versan sino el hecho de que son indivisibles. Esto implica que, a diferencia de la mayoría de las obligaciones, su contenido jurídico no se puede dividir en una serie de relaciones jurídicas bilaterales. Citando a Voefray, “[s]e trata de obligaciones instituidas para la protección de intereses colectivos cuyo respeto se le debe simultáneamente al conjunto de miembros de una colectividad”.⁵¹

El hecho de que una obligación prevista en un tratado multilateral sea absoluta y/o *erga omnes* conlleva el que las consecuencias de su incumplimiento por alguno de sus Estados Parte difieran respecto a las consecuencias de una obligación que no tiene esta naturaleza. A continuación, se profundizará sobre las consecuencias de este incumplimiento.

such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties”.

⁴⁹ Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *op. cit.*, p. 482.

⁵⁰ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*, Excepciones Preliminares, Fallo, 5 de Febrero de 1970, p. 32, párrafo 33. Traducción de la autora. Texto original: “[i]n view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection”.

⁵¹ Traducción de la autora. Texto original: “celles protégeant des intérêts collectifs et qui sont dues, à chaque fois, d’une manière indivisible à l’égard de tous les membres de la collectivité”. François Voefray, *L’actio popularis ou la défense de l’intérêt collectif devant les juridictions internationales*, París, Presses Universitaires de France, 2004, p. 242.

V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN ABSOLUTA O *ERGA OMNES*

Como se mencionó previamente, la CVDT prevé que, por regla general, la violación grave de un tratado multilateral facultará a las partes no infractoras a suspenderlo total o parcialmente o a darlo por terminado ya sea únicamente en las relaciones entre el estado autor de la violación y los demás Estados o entre todos los Estados.⁵² La única excepción que la CVDT prevé para la aplicación de esta norma general es el caso de disposiciones que tengan por objetivo proteger a "...la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados".⁵³

Como se mencionó previamente, las obligaciones contenidas en tratados de derecho internacional humanitario, a las que hace referencia la excepción de la CVDT son absolutas y *erga omnes*. No obstante, la CVDT no menciona todas las obligaciones absolutas o *erga omnes* sino sólo aquellas relacionadas con la protección de la persona humana. Por lo tanto, la excepción prevista para estas normas no podría extrapolarse a otras que tengan la misma naturaleza pero que estén relacionadas con distintas materias jurídicas.

De tal suerte, la única vía disponible para poder garantizar que el incumplimiento de una obligación absoluta o *erga omnes*, prevista en un tratado no relacionado a temas humanitarios, no pueda generar como consecuencia la suspensión o terminación de dicho instrumento, sería que el propio tratado disponga una protección en este sentido.⁵⁴ Esta posibilidad está prevista en la propia CVDT.⁵⁵ En cuanto a este último punto, es importante tomar en cuenta que, aún y cuando un tratado sea suspendido o terminado, si algunas de sus disposiciones tienen el carácter de derecho consuetudinario, éstas podrán seguir siendo aplicadas.

El abordar el tema de las normas de derecho internacional consuetudinario brinda la oportunidad para reflexionar sobre otra hipótesis: la de la obligación que los Estados que no son parte de un tratado tendrían de cumplir las disposiciones de éste que tienen el carácter de derecho internacional consuetudinario. Por regla general, un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.⁵⁶ No obstante, las normas

⁵² ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 60, párrafo 2.

⁵³ *Ibidem*, artículo 60, párrafo 5.

⁵⁴ Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *op. cit.*, p. 1122.

⁵⁵ ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 60, párrafo 4.

⁵⁶ *Ibidem*, artículo 34.

reconocidas como normas de derecho internacional consuetudinario son una excepción, ya que se consideran obligatorias para un tercer Estado aun cuando éste no sea parte del tratado que las prevé.⁵⁷ La regla según la cual las normas de derecho internacional consuetudinario son oponibles a todos los Estados está codificada en la CVDT y es además una norma de derecho internacional consuetudinario.⁵⁸

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta al analizar el incumplimiento de una obligación prevista en un tratado, es quién estaría legitimado para denunciar dicho incumplimiento y para exigir que el Estado infractor quede sujeto a la responsabilidad internacional generada por el mismo. A este respecto, los artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados por actos internacionalmente ilícitos establecen dos hipótesis. La regla general indica que los únicos legitimados para exigir al Estado infractor que se haga responsable de su incumplimiento son el Estado o Estados que hayan resultado directamente perjudicados por el mismo.⁵⁹ No obstante, el mismo proyecto de artículos prevé una hipótesis especial según la cual, en el caso de que se violen obligaciones que son debidas a la comunidad internacional en su conjunto, cualquier Estado está facultado para invocar la responsabilidad internacional del infractor.⁶⁰ A diferencia de la prevista en la CVDT, esta regla especial aplica a cualquier obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto y no sólo a aquellas relacionadas con la protección del ser humano.

Otra cuestión relevante a considerar al analizar el tema de la responsabilidad por probable violación de una norma *erga omnes* es el foro jurisdiccional ante el cual se podría acudir para exigir el cumplimiento. En el caso de algunas normas *erga omnes* es fácil determinar esto. Por ejemplo, la Convención para la prevención y sanción del delito del genocidio establece que las personas acusadas de genocidio “...serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional...”.⁶¹ Como se verá más adelante, la determinación

⁵⁷ *Ibidem*, artículo 38.

⁵⁸ Department of State, “Vienna Convention on the Law of Treaties”, Office of Website Management, Bureau of Public Affairs (web), <https://2009-2017.state.gov/s/l/treaty/faqs/70139.htm>.

⁵⁹ CDI, “Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estados por hechos internacionalmente ilícitos”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, vol. II (Segunda Parte), Naciones Unidas, Nueva York/Ginebra, 2007, p. 29, artículo 44.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 30, artículo 48.

⁶¹ ONU, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948, artículo VI.

del tribunal que sería competente ante una posible violación del principio de patrimonio común de la humanidad y de las normas relacionadas con éste, no sería tan simple.

Habiendo analizado en qué consiste el principio de *Pacta sunt servanda* y como aplica a los distintos tipos de obligaciones, es pertinente reflexionar sobre las características del principio de patrimonio común de la humanidad para evaluar cuáles serían las consecuencias de incumplir la obligación de debida diligencia.

VI. LA OBLIGACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA Y LAS POSIBLES CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD

El principio de que la Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad ha sido reconocido en dos instrumentos distintos, la resolución 2749 (XXV) aprobada por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 1970 y la CONVEMAR. Este principio tiene tal importancia que es el único que por disposición expresa de la CONVEMAR no puede ser enmendado o modificado a través de futuros instrumentos internacionales.⁶²

Adicionalmente, aún y cuando la CONVEMAR no ha alcanzado una aceptación universal, puede considerarse que el principio de patrimonio común de la humanidad tiene ya el carácter de derecho internacional consuetudinario. Esta aseveración se fundamenta en el hecho de que la aplicación de dicho principio está lo suficientemente extendida como para considerarla generalizada.⁶³ Por consiguiente, el respeto al mismo podría exigirse incluso a aquellos Estados que no pertenecen a la CONVEMAR.⁶⁴ El que el principio en cuestión tenga carácter de derecho internacional consuetudinario implica que todos los Estados tienen la obligación de comportarse en la Zona conforme a los principios previstos en los artículos 136 a 141 de la CONVEMAR y de apegarse a aquellas disposiciones de dicho instrumento que resulten indispensables para la materialización de dicho principio.

⁶² ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, artículo 311, párrafo 6.

⁶³ Rüdiger Wolfrum, "The Principle of the Common Heritage of Mankind", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 43, Alemania, 1983, p. 333.

⁶⁴ John E. Noyes, "The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 40, EEUU, 2012, p. 468.

Un ejemplo de disposición cuyo cumplimiento resulta esencial para la materialización del principio de patrimonio común de la humanidad es la norma según la cual, para poder realizar actividades de exploración o explotación en la Zona se requiere tener un contrato firmado con la Autoridad, previa aprobación de un plan de trabajo.⁶⁵ De no respetarse esta norma se dificultaría en gran medida el que las actividades en la Zona se realizaran conforme a los principios establecidos en la Parte XI de la CONVEMAR ya que el plan de trabajo y el contrato son dos instrumentos indispensables para que la Autoridad pueda supervisar el respeto a estos principios durante todo el proceso de realización de actividades.

Partiendo de que los principios generales que rigen la Zona son ya de derecho internacional consuetudinario, y siguiendo con el ejemplo de una disposición indispensable para la materialización de estos principios, se puede concluir que cualquier Estado que realice actividades en la Zona sin haber firmado un contrato con la Autoridad está violando una obligación y, por ende, podría incurrir en responsabilidad independientemente de si es parte de la CONVEMAR o no. El hecho de que el incumplimiento de una norma de derecho consuetudinario puede generar responsabilidad quedó ya aclarado en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos desarrollado por la CDI. En él se precisa que la responsabilidad internacional se genera ante cualquier violación de una obligación internacional “sea cual fuere el origen o la naturaleza de la misma”.⁶⁶

La obligación de debida diligencia es también esencial para la consecución del objeto de la Parte XI, en los términos de la CVDT. El cumplimiento de la obligación de debida diligencia es total para que se respeten tanto el principio de patrimonio común de la humanidad como los demás principios que regulan la Zona. La relevancia de la misma deriva de que, como se explicó en la segunda sección del presente artículo, para garantizar que las empresas privadas que operan como contratistas en la Zona lleven a cabo las actividades en la misma, de conformidad con el régimen de la CONVEMAR, se requiere que el Estado que las patrocina haya desarrollado en su sistema jurídico interno normas, reglamentos o procedimientos para regular el tema.

La ausencia de esta normatividad interna genera el riesgo de que tanto el Estado patrocinador como la Autoridad carezcan de medios para exigir al

⁶⁵ ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cit., Anexo III, artículo 3.

⁶⁶ Comisión de Derecho Internacional, “Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estados por hechos internacionalmente ilícitos”, cit., artículo 12.

contratista el cumplimiento de la CONVEMAR y, concretamente, de su Parte XI. Ante este escenario, no se contaría con los canales jurídicos necesarios tanto para prevenir una violación de obligaciones por parte del contratista como para exigirle una reparación en caso de que su incumplimiento genere un daño al medio marino.

El que los Estados Parte de un tratado requieran desarrollar normatividad en su sistema jurídico interno para garantizar el cumplimiento de dicho instrumento es una situación que se da recurrentemente y que está prevista de manera expresa en tratados que regulan diversas áreas del derecho internacional público incluyendo, la de los derechos humanos, la del desarme o la del medio ambiente.⁶⁷ Es común que, al igual que la CONVEMAR, estos tratados den libertad a los Estados Parte para determinar el tipo de medidas que instrumentarán para dar cumplimiento a estas obligaciones. Un ejemplo de tratado que sigue esta práctica es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶⁸

La obligación de debida diligencia está directamente vinculada con una norma absoluta y *erga omnes* como lo es el principio de patrimonio común de la humanidad. Se estima que este principio cumple con las características para ser considerado norma absoluta porque, a diferencia de la mayoría de las disposiciones de la CONVEMAR, tiene como objetivo beneficiar a la comunidad internacional en su conjunto, y no a un Estado específico.⁶⁹ Por su parte, se considera que es una norma *erga omnes* porque, al ser la Zona y sus recursos patrimonio común de la humanidad, el que se cumplan las normas previstas en la Parte XI es del interés de la comunidad internacional en su conjunto y no únicamente de los Estados Parte de la CONVEMAR. De lo anterior se desprende que el incumplimiento de la obligación de debida diligencia atentaría contra la materialización del principio de patrimonio común de la humanidad y, por tanto, contra el objeto mismo de la Parte XI de la CONVEMAR. Por consiguiente, es una violación grave a la CONVEMAR y una violación al principio de *Pacta sunt servanda*.

En cuanto a las consecuencias de su incumplimiento, habría que tomar en cuenta dos cuestiones: la responsabilidad que generaría y las consecuencias que dicho incumplimiento podría conllevar a la luz de lo establecido en el artículo 60 de la CVDT, es decir, si dicho incumplimiento podría o no generar la suspensión o terminación de la CONVEMAR.

⁶⁷ Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *op. cit.*, p. 484.

⁶⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/2200(XXI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 2.

⁶⁹ ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, artículo 137, párrafo 2 y 140.

Respecto al primero de estos temas, la Opinión Consultiva ya clarificó que un Estado patrocinador sólo podrá incurrir en responsabilidad internacional si se da alguna de las siguientes hipótesis: que incumpla alguna de sus obligaciones directas o que, incumpliendo su obligación de debida diligencia, se suscite un daño al medio marino a consecuencia de las actividades que el contratista esté llevando a cabo bajo su patrocinio.⁷⁰

De lo anterior se concluye que la mera ausencia de legislación que regule, en el ámbito interno, la realización de actividades en la Zona no genera responsabilidad internacional por parte de un Estado patrocinador. Para que ésta se detone se requiere que el actuar de su patrocinado genere un daño al medio marino. Lo anterior implica que, si bien el Estado patrocinador estaría incumpliendo su obligación de debida diligencia desde el momento en que accede a patrocinar sin contar con legislación interna que regule el tema, este incumplimiento no generaría consecuencia alguna a menos que se causase un daño al medio marino.

En cuanto a las consecuencias que el incumplimiento de la obligación de debida diligencia podría generar con relación a la aplicación de la CONVEMAR y, más concretamente al principio de patrimonio común de la humanidad, se deben tener en cuenta tres cuestiones: la naturaleza de dicha obligación, la materia sobre la que versa la misma y si dicho principio tendría alguna protección especial ante una posible suspensión o terminación de la CONVEMAR o de su Parte XI. A continuación, se analizará cada uno de estos aspectos.

El principio de patrimonio común de la humanidad y el respeto al régimen de la Zona son objetivos fundamentales de la CONVEMAR. Como se explicó previamente, la obligación de debida diligencia es fundamental para la materialización de dicho objetivo. Por tanto, el incumplimiento de la obligación de debida diligencia constituye una violación grave de la CONVEMAR en términos de la CVDT. Para ponderar las consecuencias de esta violación grave debe tenerse en cuenta que la obligación de debida diligencia es absoluta dado que su cumplimiento busca beneficiar a la comunidad internacional en su conjunto, al preservar tanto la biodiversidad marina como el patrimonio común de la humanidad.

Sin embargo, la obligación de debida diligencia no versa sobre cuestiones relacionadas con la protección de la persona humana. Por lo tanto, la excepción prevista en el artículo 60, párrafo 5 de la CVDT no le resultaría aplicable. Por consiguiente, a primera impresión sería factible pensar que

⁷⁰ Tribunal Internacional de Derecho del Mar, *Responsibilities and obligations...*, cit., párrafo 189.

el incumplimiento de la obligación de debida diligencia podría traer como consecuencia la suspensión parcial o total de la CONVEMAR si es que hubiese un acuerdo unánime de los Estados Parte no infractores al respecto.

El que se alcance unanimidad respecto a la suspensión o terminación de la CONVEMAR o de su Parte XI es altamente improbable. La CONVEMAR regula prácticamente todos los temas relacionados con los océanos. Por lo tanto, es un tratado respecto al cual hay muchos intereses en juego, tanto ambientales como económicos y sociales.

En cuanto a la Parte XI y una posible suspensión de la misma, el escenario sería similar. La construcción de un régimen que designase a la Zona y sus recursos como Patrimonio Común de la Humanidad fue uno de los principales motivos que impulsaron las negociaciones de la CONVEMAR. Durante los 26 años que han transcurrido desde el inicio de operaciones de la Autoridad, el régimen de la Parte XI se ha consolidado y ha ganado prestigio. Muestra de ello es el aumento que en los últimos años ha habido en el número de contratistas que operan en la Zona.⁷¹ En opinión de quien escribe, es altamente improbable que los Estados que están realizando actividades de exploración en la Zona estén de acuerdo en dejar sin efecto el régimen de la Parte XI. Tampoco es previsible que los Estados menos desarrollados aprueben la suspensión de la misma, cuya única posibilidad real de beneficiarse de la exploración y explotación de la Zona sea el eventual reparto de beneficios que se realicen conforme a la Parte XI.

Independientemente de lo anterior, a nivel hipotético podría imaginarse el escenario en el que la unanimidad en cuestión se alcanzase. De darse el caso, el principio de patrimonio común de la humanidad tendría que seguir siendo aplicado ya que, como se explicó previamente, el mismo ha alcanzado el carácter de derecho internacional consuetudinario.

Una última cuestión relevante al reflexionar sobre la violación de la obligación de debida diligencia es definir cuál sería la instancia a la que cualquier Estado que quisiera denunciar su incumplimiento tendría que recurrir para hacerlo. La CONVEMAR estableció un foro jurisdiccional especial para la resolución de controversias relacionadas con su Parte XI, es decir, con el régimen de la Zona. Dicho foro jurisdiccional es la Sala de Controversias. La CONVEMAR especifica que la Sala de Controversias es competente para conocer de una amplia gama de controversias, incluyendo las que se susciten entre esta-

⁷¹ Veintidós de los treinta contratos que hasta abril de 2020 ha firmado la Autoridad fueron signados entre 2011, año de la emisión de la Opinión Consultiva y la fecha. Véase Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Deep Seabed Minerals Contractors”, Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (web), <https://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors>.

dos Partes en relación con la interpretación o aplicación de la Parte XI y sus anexos, así como las que tengan lugar entre la Autoridad y un Estado Parte o entre ésta y un contratista o posible contratista.⁷² Así pues, resulta claro que cualquier Estado Parte podría recurrir a la Sala de Controversias para exigir el cumplimiento de la obligación de debida diligencia a otro Estado Parte.

Como se dijo previamente, la obligación de debida diligencia es oponible solamente a aquellos Estados Parte de la CONVEMAR que patrocinan actividades en la Zona. No obstante, como se ha intentado demostrar a lo largo del desarrollo de este artículo, tanto el principio de patrimonio común de la humanidad como los demás principios generales que regulan la Zona y las normas esenciales para la materialización de estos principios, son derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, son oponibles a todos los Estados, independientemente de que sean o no Parte de la CONVEMAR. Por ejemplo, cualquier Estado estaría obligado a utilizar la Zona y sus recursos para fines pacíficos o a firmar un contrato con la Autoridad previo a llevar a cabo actividades en la Zona. No obstante, si un Estado que no es Parte de la CONVEMAR no respeta estos principios y normas, *a priori*, la Sala de Controversias no sería competente para conocer del incumplimiento. Ello en virtud de que la CONVEMAR deja muy en claro que dicho tribunal es competente únicamente para las competencias que involucren a los Estados Parte, la Autoridad o los contratistas.

Ante esto, surge la pregunta de si algún otro tribunal sería competente para conocer del incumplimiento de estas normas *erga omnes* por Estados que no son Parte de la CONVEMAR. En opinión de quien escribe, no hay una respuesta clara a esta pregunta. La Parte XV de la CONVEMAR establece mecanismos generales para la solución de controversias relacionadas al resto de la CONVEMAR —a excepción de la Parte XI—. Para la solución de estas controversias las Partes deben elegir entre tres foros jurisdiccionales: el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Internacional de Justicia o un tribunal constituido conforme al Anexo VII u VIII de la CONVEMAR. La Parte XV de la CONVEMAR también especifica que estos mecanismos de solución de controversias son aplicables exclusivamente para los Estados Parte, por lo tanto, tampoco resultarían aplicables en el caso supuesto.

Teóricamente, la Corte Internacional de Justicia podría ser competente para conocer de una controversia que verse sobre la violación de los principios de la Zona por un Estado que no es Parte de la CONVEMAR. Para poder conocer de esta controversia se requeriría que todos los Estados involucrados en la controversia, declaren que reconocen como obligatoria la

⁷² ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *cit.*, artículo 187.

jurisdicción de la Corte para resolver este tipo de controversias.⁷³ No obstante, es altamente improbable que un Estado que no sea Parte de la CONVEMAR acepte la competencia de la Corte, cuando la materia de la *litis* sea una presunta violación que se le imputa. Por consiguiente, parece no haber un tribunal internacional competente para conocer de violaciones a las disposiciones de la Parte XI de la CONVEMAR que han alcanzado el estatus de derecho consuetudinario, por parte de Estados que no son Parte de la CONVEMAR. Debido a lo anterior, si bien el principio de patrimonio común de la humanidad es derecho consuetudinario, resultaría muy complicado exigir su cumplimiento a Estados que no son Parte de la CONVEMAR.

VII. CONCLUSIONES

Una parte significativa de los Estados que actualmente están patrocinando actividades en la Zona están incumpliendo su obligación de debida diligencia. El incumplimiento de esta obligación debe considerarse una violación grave del principio de *Pacta sunt servanda* en términos del artículo 60 de la CVDT. Ello en virtud de que el cumplimiento de la obligación de debida diligencia es fundamental para el funcionamiento del régimen de exploración y explotación de la Zona y, particularmente, del principio de patrimonio común de la humanidad. Por lo tanto, su incumplimiento atenta directamente contra el objetivo de la Parte XI de la CONVEMAR.

La obligación de debida diligencia tiene por objeto garantizar que se preserve la Zona y su medio marino, lo cual va en beneficio de toda la humanidad. Por lo tanto, es una obligación absoluta. Adicionalmente su cumplimiento es toral para la materialización del principio de patrimonio común de la humanidad el cual, además de ser una norma absoluta, es *erga omnes*.

Hipotéticamente, el incumplimiento de la obligación de debida diligencia podría ocasionar la suspensión o terminación de la CONVEMAR o de su Parte XI. Ello debido a que ni la referida obligación ni el principio de patrimonio común de la humanidad están vinculados a la protección de la persona humana. Por consiguiente, la excepción prevista en el artículo 60, párrafo 5 de la CVDT no les aplica. Sin embargo, por los motivos que se expusieron previamente, es altamente improbable que exista unanimidad entre los Estados Parte de la CONVEMAR en torno a que, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de debida diligencia por parte de algunos de los patrocinadores de actividades en la Zona, se suspenda o termine la CONVEMAR o su Parte XI.

⁷³ ONU, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945, artículo 36.

En caso de que dicha unanimidad se alcanzara y se diera por terminada o suspendida la CONVEMAR o su Parte XI, el principio de patrimonio común de la humanidad seguiría vigente dado que es una norma que ha alcanzado el carácter de derecho consuetudinario. Al ser derecho internacional consuetudinario, tanto el principio de patrimonio común de la humanidad como los preceptos de la CONVEMAR indispensables para su materialización serían oponibles a todos los Estados, independientemente de si son o no Parte de la CONVEMAR. No obstante, dado que actualmente no parece existir ningún tribunal internacional competente para conocer del incumplimiento de dichos principios por un Estado no Parte de la CONVEMAR, el hecho de que estos preceptos tengan el estatus jurídico referido, tiene pocas repercusiones reales.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

- BINDER, Christina y Jane A. HOFBAUER, “The *Pacta Sunt Servanda* Principle or the Limits of Interpretation: The Gabčíkovo-Nagymaros Case Revisited”, en Serena FORLATI *et al.* (eds.), *The Gabčíkovo-Nagymaros Judgment and its Contribution to the Development of International Law*, Leiden, Brill, 2020.
- DÖRR, Oliver y Kirsten SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2a. ed., Germany, Springer-Verlag GmbH, 2018.
- NORDQUIST, Myron H. *et al.* (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A commentary*, vol. V, Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.
- VOEFFRAY, François, *L’actio popularis ou la défense de l’intérêt collectif devant les juridictions internationales*, París, Presses Universitaires de France, 2004.

2. *Artículos*

- NOYES, John E., “The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 40, EEUU, 2012.
- WOLFRUM, Rüdiger, “The Principle of the Common Heritage of Mankind”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 43, Alemania, 1983.
- ZEMANEK, Karl, “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009, <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt-s.pdf>.

REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LA CVDT EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL SOBRE DERECHO DEL MAR

Gabriel FERRER ORTEGA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Colocación de las reglas de interpretación en el Derecho del Mar*. III. *La buena fe*. IV. *Sentido corriente, contexto, objeto y fin*. V. *Acuerdo ulterior, práctica ulterior y Derecho Internacional aplicable a las partes*. VI. *Medios de interpretación complementarios*. VII. *La variación de los términos en el tiempo*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Como naturalmente se ha reflejado en la jurisprudencia en materia de Derecho del Mar, la celebración de tratados internacionales resulta primordial para los Estados, en tanto medio certero para conducir sus relaciones, y para los órganos resolutorios de controversias, para determinar los derechos y obligaciones de las partes en conflicto. Ello, no sólo por ser el derecho convencional una fuente de Derecho Internacional conforme la misma redacción del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), sino también porque las reglas de interpretación se encuentran fijadas en el propio Derecho Internacional.

En principio, las reglas de interpretación de tratados consagradas en los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)¹ resultan aplicables a las controversias internacionales que

¹ Interpretación de los tratados. 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado

se refieran al Derecho del Mar, considerando que este es también Derecho Internacional Público y que no dispone reglas especiales de interpretación para aquellos tratados que le atañen; amén de que, como estudiaremos con posterioridad, las reglas de interpretación de la CVDT son reconocidas también como costumbre internacional.

El cuerpo jurisprudencial en materia de Derecho del Mar es vasto y comprende litigios presentados ante la CIJ, opiniones y casos contenciosos ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS, por sus siglas en inglés), así como numerosos arbitrajes. De entre estos, habremos de enfocarnos en aquellos que abordan las reglas de interpretación de tratados, a propósito del respectivo articulado de la CVDT² y de su actualidad; así como de otras cuestiones de criterio.

Cabe advertir que, por cada punto aquí comentado, bien podrían elaborarse sendas monografías. Sin embargo, la sola pretensión de este breve ensayo es ilustrar de manera sucinta cómo se utilizan en conjunto las reglas de interpretación contenidas en la CVDT en Derecho del Mar.

por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán 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. 33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos. 2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen. 3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido. 4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

² Un buen punto de partida para el estudio de la CVDT serían los siguientes trabajos: Anthony Aust, *Modern treaty law and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; Jan Klabbers, *The concept of treaty in International Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1998; y, Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012.

II. COLOCACIÓN DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO DEL MAR

Además de estar consagradas las reglas de interpretación en el texto de la CVDT, la propia CIJ ha señalado que estas son “reflejo de la costumbre internacional”. Lo anterior tiene una primera importancia práctica, en tanto dichas reglas seguirían siendo aplicables para aquellos Estados que no están vinculados a la CVDT, tal como dejó en claro la CIJ al señalar en el litigio sobre la delimitación del Océano Índico entre Kenia y Somalia: “the Court will apply the rules on interpretation to be found in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention, which it has consistently considered to be reflective of customary international law”;³ apoyándose, naturalmente, en los criterios formulados por la misma Corte en casos previos.⁴

Otros foros han tomado posturas similares. Por materia, hemos de comenzar con el ITLOS, que, en su opinión respecto a las “Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades respecto de actividades en la Zona”, ha refrendado la inclusión de las reglas de interpretación de la CVDT en el cuerpo consuetudinario internacional, amén de reconocer que implícitamente había dado tal carácter en casos anteriores al utilizar la terminología del articulado de la CVDT.⁵ En la misma opinión consultiva, el ITLOS concluyó tajantemente que para la CONVEMAR y el Acuerdo de 1994 deben de aplicarse las reglas de interpretación de la CVDT.⁶

Lo mismo sucede en ciertos laudos arbitrales. Así, el tribunal de arbitraje establecido en 1985 entre Canadá y Francia para dirimir las contro-

³ CIJ, *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Excepciones preliminares, Fallo, 2 de febrero de 2017, párrafo 63. Puede traducirse como: “La Corte aplicará las reglas de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, que ha considerado sistemáticamente que reflejan el derecho internacional consuetudinario”.

⁴ CIJ, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Excepciones preliminares, Fallo, 17 de marzo de 2016, p. 116, párrafo 33; CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Fallo, 13 de julio de 2009, p. 237, párrafo 47; CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Fallo, 26 de febrero de 2007, pp. 109-110, párrafo 160; CIJ, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Fallo, 3 de febrero de 1994, pp. 21-22, párrafo 41; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Fallo, Excepciones preliminares, 12 de diciembre de 2016, p. 812, párrafo 23.

⁵ ITLOS, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion Submitted to the Seabed Dispute Chamber)*, Opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, párrafo 57.

⁶ *Ibidem*, párrafo 58.

versias relativas al fileteado en el buque *La Bretagne*, dentro del golfo de San Lorenzo, señaló que los artículos 31 y 32 de la CVDT “reflejan fielmente los principios generales que deben guiar la interpretación”, usando el lenguaje de la Convención, a pesar de que todavía no entraba en vigor para ellas.⁷

A la misma conclusión llegó la Comisión de Derecho Internacional: “1. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen, respectivamente, la regla general de interpretación y el recurso a medios de interpretación complementarios. Estas reglas también son aplicables como derecho internacional consuetudinario”.⁸

Pues bien, podría especularse que, al ser parte de la costumbre internacional, no era necesario se expresaran las reglas de interpretación en un tratado internacional. A ello puede adelantarse que es cierto que las reglas de interpretación vía costumbre seguirían aplicándose; sin embargo, el esfuerzo de codificación de la CVDT ayuda a la consolidación de las propias reglas y, por otro lado, proporciona mayor certeza de su contenido al estar estas expresadas en un tratado internacional de manera estructurada.

III. LA BUENA FE

La buena fe es un elemento esencial para el desarrollo pacífico de las relaciones internacionales⁹ y la CVDT menciona el término en dos ocasiones: i) al referirse al principio *Pacta sunt servanda* por el cual “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (artículo 26), y en el artículo 31 al señalar que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe”. Pues bien, la primera parte habría quedado clara en la jurisprudencia internacional al dar por asentado la Corte Permanente de Arbitraje Internacional en el Caso de las pesquerías del Atlántico Norte que era aplicable para el caso

⁷ En aquella ocasión señaló: “Le Tribunal est d’avis, comme les Parties elles-mêmes, que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités reflètent fidèlement les principes généraux qui doivent le guider dans l’interprétation de l’Accord du 27 mars 1972 dont il analysera d’abord le texte”. Affaire concernant le filetage à l’intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France, Sentence du 17 juillet 1986. Reports of International Arbitral Awards, vol. XIX, p. 240, párrafo 25.

⁸ Comisión de Derecho Internacional, *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, Proyecto de conclusiones*, A/CN.4/L.907, 11 de mayo de 2018.

⁹ No resulta extraño que en su estudio Virally expresara correctamente que la buena fe abarca “toda la estructura de las relaciones internacionales”. Michel Virally, “Review essay good faith in public international law”, *American Journal of International Law*, vol. 77, núm. 1, enero de 1983, p. 130.

el principio de derecho internacional que las obligaciones derivadas de un tratado deben ejecutarse en perfecta buena fe, excluyendo, de esta manera, el derecho a legislar a voluntad lo concerniente a la materia del tratado y limitando el ejercicio de la soberanía de los Estados vinculados a un tratado con respecto a esa materia a los actos que sean consistentes con el tratado.¹⁰

Dicho de manera más concisa y para el caso particular “del Tratado resulta una relación vinculante por la cual el derecho de Gran Bretaña a ejercer su derecho de soberanía a emitir regulaciones se limita a las regulaciones que se hacen de buena fe y no violen el Tratado”.¹¹

En cuanto al segundo apartado, la buena fe en la interpretación de un tratado “constituye una garantía suficiente contra todo riesgo de un ejercicio abusivo de derechos”, como lo advirtió el tribunal de arbitraje establecido en 1985 entre Canadá y Francia en el caso *La Bretagne*.¹²

Ejecución e interpretación parecieran dos aspectos diversos, aunque en la práctica es difícil o quizá en algunos casos sea imposible disociarse, teniendo en cuenta que para el cumplimiento de un tratado, las partes deben entender correctamente el alcance de las obligaciones creadas en el instrumento. Por otro lado, la enunciación deja en claro que los tribunales deben necesariamente llevar a cabo la interpretación de un tratado de buena fe. Aunque pareciera subjetivo el término de la buena fe, al estar ligado a evitar el abuso de derechos, el principio cuenta con una mayor estructura, lo que facilita la tarea del hipotético juzgador para calificar si los actos de alguna de las partes pueden violar el tratado si causan algún perjuicio al ejercer sus derechos de forma abusiva. De igual manera, también puede ligarse la buena fe con el *principio frangenti fides non est servanda*, por el cual, en términos del artículo 60 de la CVDT, una de las partes estaría facultada a dar

¹⁰ *North Atlantic Coast Fisheries Case* (Great Britain v. United States of America), PCA, Award of 7 September 1910, *RIIA* XI (1961), p. 188. Literalmente apuntó el tribunal: “Because the line in question is drawn according to the principle of international law that treaty obligations are to be executed in perfect good faith, therefore excluding the right to legislate at will concerning the subject-matter of the Treaty, and limiting the exercise of sovereignty of the States bound by a treaty with respect to that subject-matter to such acts as are consistent with the treaty”.

¹¹ *Idem*.

¹² *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France, Sentence du 17 juillet 1986, op. cit.*, p. 242, párrafo 27. Literalmente señaló: “le principe de bonne foi qui, selon l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, préside nécessairement à l'exécution des traités, comme formant une garantie suffisante contre tout risque d'exercice abusif de ses droits par la Partie française”.

por terminado, suspender total o parcialmente un tratado en el caso de una violación grave de otra parte.

Podemos decir, que la buena fe debe estar presente en todo el proceso de interpretación, como señala Villiger.¹³ De esta manera la buena fe prevendría una excesiva interpretación literal, siendo necesario considerar el contexto y otros medios de interpretación y tomar en cuenta el objeto y fin del tratado.¹⁴

IV. SENTIDO CORRIENTE, CONTEXTO, OBJETO Y FIN

La CIJ ha señalado que la “interpretación debe estar basada sobre todo en el texto del tratado”,¹⁵ aunque reconoció que, como medidas suplementarias, podría recurrirse a medios de interpretación como los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su conclusión.¹⁶ Esta aproximación textual empata con la intención de los comentarios a la CVDT en los que se presume que el texto es una expresión auténtica de la intención de las partes y, en consecuencia, el punto de inicio de la interpretación debe ser elucidar el significado del texto y no una investigación *ab initio* de la intención de las partes.¹⁷

Por su parte, el ITLOS reconoció y parafraseó la enunciación del primer apartado del artículo 31 de la CVDT: “la CONVEMAR debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en su contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” en el Caso de la Delimitación Marítima de la Bahía de Bengala,¹⁸ aunque hay que reconocer que algunas de las nociones de la propia CONVEMAR requieren un esfuerzo adicional por su contenido técnico-legal, tal como analizaremos de ese mismo caso y en el arbitraje del Mar del Sur de China.

¹³ Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 426.

¹⁴ *Idem*. Para ello Villiger consultó las notas del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional. Una discusión interesante al respecto puede encontrarse en el ya citado Michel Virally, “Review essay good faith in...”, *cit.*

¹⁵ (*Libya v Chad*), *cit.*, párrafo 41.

¹⁶ *Idem*. Literalmente: “Interpretation must be based above all upon the text of the treaty. As a supplementary measure recourse may be had to means of interpretation such as the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion”.

¹⁷ *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, Commentary to Art 27, Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1966, p. 220, párrafo 11.

¹⁸ ITLOS, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Fallo, 14 de marzo de 2012, párrafo 372.

Pues bien, a guisa de ejemplo del lenguaje complejo de la CONVEMAR, resulta que Bangladesh argumentó que el ITLOS debía tomar el sentido corriente del término “prolongación natural de su territorio” de la plataforma continental (artículo 76.1 de la CONVEMAR) para así eliminar la pretensión de Myanmar de extender esa zona hasta las 200 millas náuticas, ello considerando que para este último país el margen continental se abre abruptamente cerca de la costa en la franja fronteriza. En respuesta, el Tribunal de Hamburgo despachó la pretensión bangladeshi señalando que el término prolongación natural debía entenderse a la luz de las disposiciones subsecuentes que definen a la plataforma y margen continental y que interpretarlo de otra manera no tendría sustento en el artículo 76, ni en su objeto y propósito.¹⁹ De esta manera, podemos observar que, si bien existe una primacía del texto, también el intérprete debe reparar en la búsqueda de la voluntad de las partes, así como del objeto y fin del tratado.²⁰

Para ejemplificar en cuanto al contexto, el ITLOS ha tenido ante sí el reto de interpretar la fraseología de la CONVEMAR conformada por seis textos auténticos en diferentes idiomas (árabe, chino, español, francés, inglés y ruso) en los que podría advertirse un sentido diferente, como da recuento de ello la Opinión Consultiva sobre la Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades respecto de actividades en la Zona. Para ello, el Tribunal de Hamburgo aplicó el párrafo 4 del artículo 33 de la Convención de Viena el cual prevé para este caso que se deberá adoptar el idioma que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y

¹⁹ *Ibidem*, párrafo 432. De manera textual: “the reference to natural prolongation in article 76, paragraph 1, of the Convention, should be understood in light of the subsequent provisions of the article defining the continental shelf and the continental margin. Entitlement to a continental shelf beyond 200 nm should be determined by reference to the outer edge of the continental margin, to be ascertained in accordance with article 76, paragraph 4. To interpret otherwise is warranted neither by the text of article 76 nor by its object and purpose”.

²⁰ La misma importancia daría al objeto y fin de un tratado la Corte Permanente de Arbitraje al decidir sobre el caso de Chagos, en el que apuntó: “Recordando el objeto y propósito de la Convención, el Tribunal toma nota de las referencias expresas en su preámbulo a la necesidad de considerar los problemas “estrechamente interrelacionados” del espacio oceánico “en su conjunto” y la “conveniencia de establecer mediante esta Convención”, “...un orden legal para los mares y océanos”. En opinión del Tribunal, estos objetivos, así como la necesidad de coherencia al interpretar el Artículo 2 (3) en el contexto de las disposiciones para otras zonas marítimas —se logran más fácilmente al considerar el Artículo 2 (3) como una fuente de obligación—. *Permanent Court of Arbitration, Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, Laudo del 18 de marzo de 2015, párrafo 504.

fin del tratado.²¹ En conjunción con el contexto, y sólo por dar un ejemplo, el ITLOS encontró para el primer párrafo del artículo 139 de la CONVEMAR que el término “responsibility” usado en inglés corresponde al de “obligation”; para ello analizó, además del ya mencionado contexto, expresiones como “estarán obligados” y en francés “il incombe de”, para asentar que los Estados Partes tienen una “obligación” de velar por que las actividades en la Zona se efectúen de conformidad con la Parte XI de la CONVEMAR.

Pues bien, para nuestro punto se torna necesario analizar uno de los casos más atrayentes del Derecho del Mar, el caso del Arbitraje del Mar del Sur de China, establecido bajo el Anexo VI de la CONVEMAR, al que le tocó resolver una demanda de Filipinas contra China por supuestas violaciones a dicha Convención relativas a la pesca y la protección del medio ambiente, así como a otras cuestiones sustantivas relacionadas con los derechos en una zona delineada por China, debe señalar que el área reclamada por este país, trazada por una línea de nueve puntos, se extiende más allá de las zonas marinas también reclamadas por Taiwán, Vietnam, las Filipinas, Malasia y Brunéi, espacio por donde cruza la mitad de tránsito comercial marítimo mundial.

De la sentencia, que por sí misma es digna de análisis, entresacaremos algunos de los aspectos más relevantes en los que los arbitradores interpretaron el texto de la CONVEMAR, particularmente el concepto de “rocas” contenido en la sección 3 del artículo 121. Para ello, el tribunal arbitral utilizó el camino trazado por el artículo 31 de la CVDT, tomando en cuenta el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin como marca el primer párrafo.²² Siguiendo la letra del artículo mencionado de la CVDT —analizando el contexto— el tribunal arbitral concluyó que no había algún “acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado” (artículo 31 sección 2 de la CVDT) y “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”, como previene la sección 3 del artículo 31 de la CVDT.

Por facilitar la comprensión, transcribimos el artículo 121 de la CONVEMAR:

Artículo 121. Régimen de las islas

1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar.

²¹ *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, cit., párrafo 62.

²² PCA, *South China Sea Arbitration (Philippines v. China)*, Laudo, párrafo 506.

2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres.

3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental.

Debemos de mencionar que, como una brújula, el tribunal arbitral se guió por el objeto y fin (parte última del primer párrafo del artículo 31 de la CVDT) del artículo glosado y de la Zona Económica Exclusiva (ZEE), considerando que, para esta última zona, se extendió la jurisdicción del Estado Costero para “preservar los recursos de esas aguas en beneficio de la población del Estado ribereño”.²³ Por su parte, el artículo 121 (3) es una disposición de limitación, advirtió el tribunal, e impone dos condiciones para evitar que se generen espacios marítimos amplios. Estas condiciones se introdujeron con el objeto y fin de evitar la invasión del fondo marino internacional reservado para el patrimonio común de la humanidad y evitar la distribución desigual de los espacios marítimos bajo jurisdicción nacional.

Entrado en el texto, con respecto al término “roca”, cuyo concepto no está precisado en la CONVEMAR, los arbitradores encontraron que la definición geológica o geomorfológica era irrelevante considerando que, para la CONVEMAR, una “roca” es un tipo de “isla” definida como “una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar” y que “cualquier interpretación que imponga un criterio geológico al artículo 121 (3) llevaría a un resultado absurdo”.²⁴ De esta manera, el laudo confirmó que una “roca”, en términos del artículo citado, no necesariamente debe tener una composición rocosa.

Por lo que toca a “no” o “cannot” en la versión en inglés, el tribunal encontró que se refería a capacidad y que sería equivocado pensar que la formación debía mantener vida humana actual. Así, la población histórica y la actividad económica de una isla serían relevantes para probar su capaci-

²³ *Ibidem*, párrafo 513.

²⁴ *Ibidem*, párrafos 479, 480 y 481. En este punto, el laudo se apoyó en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso concerniente a la disputa territorial y de delimitación marítima entre la República de Nicaragua y la República de Colombia, de cuya resolución sobre el fondo del 19 de noviembre de 2012. Retomó la siguiente aseveración: “El derecho internacional define una isla en referencia a si está ‘naturalmente formada’ y si está sobre el agua durante la marea alta, no por referencia a su composición geológica. El hecho de que la formación esté compuesta de coral es irrelevante” (párrafo 37).

dad tanto así como la evidencia de ausencia de población y vida económica de formaciones cercanas a costas pobladas para probar su incapacidad.²⁵

Por lo que toca a “mantener” o “sustain” en la versión inglesa, después de buscar el “sentido corriente” del vocablo en el *Diccionario de Inglés de Oxford*, los arbitradores encontraron que el término debería contener tres elementos: i) el de mantenimiento y provisión de esenciales; ii) el temporal que debe referirse a un periodo de tiempo y no de una sola vez o de corta duración, y; iii) un concepto cualitativo, que implica al menos un “estándar apropiado” mínimo, concluyendo los arbitradores este punto de la siguiente manera:

Por lo tanto, en relación con el mantenimiento de la habitación humana, “mantener (*sustain*)” significa proporcionar lo que es necesario para mantener a los humanos vivos y saludables durante un periodo continuo de tiempo, de acuerdo con un estándar apropiado. En relación con una vida económica, “sostener” significa proporcionar lo que es necesario no sólo para comenzar, sino también para continuar, una actividad durante un periodo de tiempo de una manera que permanezca viable de manera sostenida.²⁶

Los arbitradores continuaron con la exégesis del artículo y consideraron que “habitación humana” requeriría que la formación marina fuera capaz de sostener, mantener y proveer alimentos, bebidas y refugio a un grupo o comunidad de personas, que les permitiera residir allí de manera permanente o habitual durante un periodo prolongado de tiempo.

Ahora bien, un punto en el que el arbitraje aclara más el sentido del artículo en comento es en el análisis de “o” u “or” en inglés que se lee en esa versión: “Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf”.²⁷ La cuestión es saber si “or” es disyuntiva o conjuntiva, lo cual tienen implicaciones prácticas. Un Estado podría argumentar que una formación marina no es apta para mantener habitación humana, pero si para tener vida económica propia (o viceversa) y, por tanto, reclamar una extensión marina más amplia. A ello, el tribunal arbitral señaló que el texto permanece abierto a la posibilidad de que una isla pueda sostener habitación humana pero

²⁵ *Ibidem*, párrafos 483 y 484.

²⁶ *Ibidem*, párrafos 485-487.

²⁷ En español pareciera más fácil la distinción al usarse primero “o” y luego “ni”: mantener habitación humana “o” vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva “ni” plataforma continental. En inglés se usa “or” dos veces, en el primer caso disyuntivo y el otro caso conjuntivo, de acuerdo al laudo en contra de la pretensión.

no ofrecer recursos para mantener una vida económica, o que pueda sostener vida económica mientras carezca de las condiciones necesarias para sostener una población. Este puede ser particularmente el caso donde se usan varias islas en concierto para mantener una forma de vida tradicional y afirmó que “una isla que es capaz de mantener *ya sea* habitación humana o una vida económica propia tiene derecho a una zona económica exclusiva y una plataforma continental”.²⁸

V. ACUERDO ULTERIOR, PRÁCTICA ULTERIOR Y DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LAS PARTES

El Tribunal del Arbitraje del Mar del Sur de China intentó ser exhaustivo en cuanto toca a la interpretación. Una primera advertencia y muy valiosa que vemos es la aseveración de que nuestro Derecho Internacional no es estático.²⁹ En efecto, las obligaciones pactadas por los Estados pueden y deben evolucionar; un tratado no es un mandato esculpido en piedra, es decir, no es inmutable.³⁰ Los arbitradores reconocieron que la práctica ulterior de los Estados, en términos del artículo 31 de la CVDT, puede modificar el sentido de un tratado, o una nueva norma de derecho consuetudinario puede modificar las disposiciones de un tratado.³¹

Buenamente, los arbitradores buscaron precedentes judiciales para fijar el estándar sobre la práctica ulterior y dilucidar si aquella hubiera modificado el sentido del artículo 121 (3). Para ello recurrieron a la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares y al caso relativo a la Isla de Kasikili/. Sedudu (Botswana contra Namibia), así como a la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio de la que entresacó que la práctica ulterior debía consistir en “una secuencia de actos o pronunciamientos que establezcan un patrón que implique un acuerdo entre las partes respecto a la interpretación de un tratado”, calificándolo el tribunal como un estándar alto.

Bajo la concepción del tribunal arbitral, para que la práctica ulterior pueda tener efectos, “las partes deben haber aceptado esta práctica para poder hablar de un acuerdo alcanzado sobre la interpretación de la dispo-

²⁸ *Ibidem*, párrafo 496.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 274.

³⁰ Véase Julian Arato, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”. *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Brill, vol. 9, núm. 3, 2010, pp. 443-449.

³¹ *Idem*.

sición en cuestión”. De esa manera, y con los criterios comentados en el párrafo anterior, los arbitradores encontraron que no había evidencia de un acuerdo basado en la práctica del Estado sobre la interpretación del Artículo 121 (3).³²

Ahora bien, por lo que toca al Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes,³³ puede despacharse el punto con claridad al tener del primer punto del artículo 293 de la CONVEMAR que a la letra dice: “Artículo 293. Derecho aplicable (1) La corte o tribunal competente en virtud de esta sección aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella”.

Tendría cualquier tribunal entonces a la mano la propia disposición de la CONVEMAR, la regla del artículo 31 de la CVDT o la norma consuetudinaria. Un ejemplo de este recurso a normas de Derecho Internacional no contempladas en la CONVEMAR se dio en la Opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar sobre los Aspectos relativos a la determinación del vínculo efectivo entre los Estados y las personas jurídicas a las que patrocinan para llevar a cabo actividades en la Zona, en la que el ITLOS reconoció una tendencia en aceptar el principio precautorio como una norma consuetudinaria de Derecho Internacional,³⁴ opinión en la que curiosamente hizo referencia a la CVDT y no a la disposición especializada que sería la CONVEMAR, quizá, podría presumirse, para lograr mayores alcances. En contraste, el tribunal constituido para analizar la cuestión del Mar del Sur de China sí mencionó explícitamente a la CONVEMAR en conjunción con la CVDT, tarea que resultaba más sencilla tomando en cuenta que los Estados arbitrados son parte de la propia CONVEMAR.³⁵

VI. MEDIOS DE INTERPRETACIÓN COMPLEMENTARIOS

El laudo sobre la cuestión del Mar del Sur de China es quizá, por su extensión y glosa, el más claro en explicar las reglas de interpretación de la CVDT.

³² *Ibidem.*, 533.

³³ Para una discusión sobre la “integración sistémica” en la interpretación convencional en Derecho del Mar véase Roberto Virzo, “The ‘General Rule of Interpretation’ in the International Jurisprudence Relating to the United Nations Convention on the Law of the Sea”, en Angela del Vecchio y Roberto Virzo (eds.), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Cham, Suiza, Springer, 2019, pp. 27-32.

³⁴ *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the, cit.*, párrafo 135.

³⁵ *South China Sea Arbitration, cit.*, párrafos 236, 238, 239 y 1,173.

Por lo que toca al artículo 32 de la CVDT (Medios de interpretación complementarios) lo despacha sin vacilar cuando encuentra que no hay ambigüedad en el texto. A pesar de ello, por la sensibilidad de la *litis*, se aboca al estudio del origen y fin de las disposiciones de la Convemar en materia de ZEE y Plataforma Continental, como una cuestión, digamos, expositiva.

Por otro lado, en el apartado que hemos comentado del artículo 121 (3), no hay duda en señalar que para la interpretación recurre a los trabajos preparatorios de la CONVEMAR³⁶ y así lo hace, historiando el concepto de isla en Derecho del Mar y la formación del artículo en estudio. Los arbitradores, aunque reconocieron que los *travaux préparatoires* son una guía imperfecta para la interpretación también admitieron que la historia de la negociación sirvió para arribar a conclusiones generales que ayudan a descifrar el correcto significado del artículo 121 (3),³⁷ entre ellas, que es una limitación a las pretensiones de extensiones de ZEE y Plataforma Continental y que, aunque el tamaño de la isla puede correlacionarse con la disponibilidad de agua, alimentos, espacio vital y recursos para una vida económica, el tamaño no puede ser determinante del estado de una característica como isla o roca con derecho completo y no es, por sí mismo, un factor relevante.

VII. LA VARIACIÓN DE LOS TÉRMINOS EN EL TIEMPO

Uno de los problemas de interpretación que no resuelve expresamente la CVDT es la variación de los términos en el tiempo, ya sea que se opte por utilizar: *i*) la noción al momento de la interpretación, *ii*) la original en el tiempo que fue hecho el tratado, o *iii*) dependiendo las circunstancias, alguna de las anteriores. Este punto podría abarcar un estudio monográfico; sin embargo, nos abocaremos a lo abordado por los tribunales internacionales en materia de Derecho del Mar.

Como una primera aproximación, la problemática parecería ser atajada utilizando el lenguaje de acuerdo al uso al momento de la decisión. Esta aproximación fue adoptada en la resolución del caso de *La Bretagne* ya comentado en este artículo en el que los arbitradores tuvieron que dilucidar si la referencia a las “regulaciones” que el gobierno canadiense podía imponer a las embarcaciones francesas debía interpretarse conforme al momento de la conclusión del Acuerdo entre Canadá y Francia sobre sus relaciones mutuas de pesca de 1972 o si debería aplicarse conforme al uso contempo-

³⁶ *Ibidem*, párrafos 476-477 y 521-538.

³⁷ *Ibidem*, párrafos 521-535.

ráneo. De ser el primer caso, la negativa a la licencia de pesca a *La Bretagne*, por la prohibición a las embarcaciones con la capacidad de filetear la pesca en el mismo barco, debía tildarse como contraria al tratado firmado por ambas partes, ya que en aquel año no había una prohibición a embarcaciones más modernas como era el caso de la embarcación francesa, que le permitía una mayor capacidad de captura.³⁸

Pues bien, podría verse como una tarea sencilla para los arbitradores despachar la pretensión francesa con la simple lectura del numeral 3 del artículo 6 del Acuerdo de 1972 que preveía la posibilidad de la promulgación de nuevas regulaciones con la única condición de dar aviso a la otra parte con 3 meses de anticipación. Sin embargo, para despejar cualquier duda, los arbitradores interpretaron el término “reglamentos de pesca” como un término genérico de la siguiente manera:

Los autores del Acuerdo de 1972 utilizaron la expresión “reglamentos de pesca” como un término genérico que engloba todas las normas aplicables a las actividades pesqueras, y la referencia al tamaño de los buques parece indicar que se pretendía así un fin en particular, la limitación de la capacidad pesquera de estos barcos.³⁹

Una vez calificado como término genérico, los juzgadores señalaron que “dado que esta expresión está contenida en un acuerdo celebrado sin límite de tiempo, difícilmente parece concebible que las Partes quisieran darle un contenido invariable”, garantizando de esta manera la introducción en el arbitraje del posterior desarrollo del derecho internacional en el ámbito de la pesca marítima, observando las modificaciones en los reglamentos de pesca de distintos Estados costeros después de 1972.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en el arbitraje se tomó en cuenta la evolución del término sin hacer mención a una regla particular sobre la variación temporal de un término usado en un tratado, utilizando las reglas de interpretación del Artículo 31 de la CVDT como una herramienta suficiente para llegar a esa conclusión.

³⁸ Particularmente el artículo 6 señalaba: 1. Canadian fishery regulations shall be applied without discrimination in fact or in law to the French fishing vessels covered by Articles 3 and 4 [i.e., among others, French trawlers registered in St Pierre et Miquelon], including regulations concerning the dimensions of vessels authorized to fish less than 12 miles from the Atlantic coast of Canada... 3. Before promulgating new regulations applicable to these vessels, the authorities of each of the parties shall give three months prior notice to the authorities of the other party. Agreement between Canada and France on their Mutual Fishing Relations, firmado en Ottawa, el 27 de marzo de 1972.

³⁹ Reports of International Arbitral Awards, vol. XIX, p. 247, párrafo 37.

En este mismo sentido, podemos adelantar, se pronunció la CIJ en el caso relativo a la Plataforma Continental de Mar Egeo (Grecia contra Turquía), en el que, por 12 votos contra 2, determinó que no tenía competencia para conocer sobre la solicitud presentada por el Gobierno de Grecia habiendo razonado respecto a la variación de los términos en razón del tiempo.

Concretamente, Grecia argumentó que la CIJ tendría competencia en virtud del Acta General para el Arreglo Pacífico de las Diferencias Internacionales de 1928⁴⁰ firmada por ambas partes y que preveía la remisión de controversias a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), entendiéndose que el artículo 37 del Estatuto de la CIJ dispone que, cuando un tratado o convención vigente disponga que un asunto sea sometido a la Corte Permanente de Justicia Internacional, dicho asunto, por lo que respecta a las partes en este Estatuto, será sometido a la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, Turquía adelantó en una comunicación al tribunal internacional que aquella carecería de competencia, entre otros puntos, en razón de la reserva presentada por Grecia al vincularse a dicho instrumento en la que señaló:

Se excluyen de los procedimientos descritos en el Acta General las siguientes controversias...

b) Las controversias relativas a cuestiones que, con arreglo al derecho internacional, corresponden solamente a la jurisdicción interna de los Estados, y, en particular, las controversias relativas al estatuto territorial de Grecia, incluidas las controversias relativas a sus derechos de soberanía sobre sus puertos y líneas de comunicación.

Pues bien, razonando la CIJ que este inciso se trataba de dos reservas, una a las cuestiones de jurisdicción interna y otra a las controversias relativas al estatuto territorial de Grecia⁴¹ correspondería al tribunal resolver si debía prevalecer la argumentación de Grecia, consistente en que la reserva no abarcaba todas las controversias relativas al estatuto territorial de Grecia, ya que el concepto de plataforma continental era completamente desconocido en 1928 y en 1931 cuando se vinculó al instrumento. De prevalecer esta idea,

⁴⁰ Literalmente disponía el artículo: “Todas las diferencias acerca de las cuales las partes discutieran un derecho recíproco, se someterán, salvo las reservas eventuales previstas en el artículo 39, al Tribunal Permanente de Justicia Internacional, a menos que las partes no llegaran a un acuerdo, en los términos aquí previstos, para recurrir a un tribunal arbitral. Las diferencias a que se hace referencia en el presente artículo comprenden principalmente las que menciona el artículo 36 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional”.

⁴¹ CIJ, *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Fallo, 19 de diciembre de 1978, párrafos 56-60.

la reserva no sería aplicable, por lo que el artículo 17 del Acta de 1928 dotaría de competencia a la CIJ.

En su resolución, los jueces de la CIJ observarían que, aunque en la reserva se refería a la expresión “estatuto territorial” como una categoría de supuesto de jurisdicción específica, se trataba de un “término genérico que denota cualquier asunto comprendido dentro del concepto de estatuto territorial en el derecho internacional general”, entonces, como consecuencia, inferiría la CIJ que “surge necesariamente la presunción de que su significado fue destinado a seguir la evolución del derecho y corresponder con el significado que se le atribuye a la expresión por el derecho vigente en cualquier momento dado”.⁴² Para apuntalar todavía más este uso que sería el común del término, la CIJ notó que:

Esta presunción, en opinión de la Corte, es aún más convincente cuando se recuerda que el Acta de 1928 fue una convención para la solución pacífica de controversias diseñada para ser del tipo más general y de duración continua, ya que difícilmente parece concebible que, en tal convención, términos como “jurisdicción nacional” y “condición territorial” tenían un contenido fijo, independientemente de la evolución posterior del derecho internacional.⁴³

Pues bien, aunque no es autoexplicativa la actuación de la CIJ, vista a la luz de las reglas de interpretación de la CVDT el tribunal interpretó la reserva de Grecia conforme al sentido corriente que había de atribuirse a sus términos en el contexto, además teniendo en cuenta el objeto y fin del Acta de 1928.

Quedaría entonces como tarea para la Corte, tomando en cuenta la evolución del derecho internacional con respecto a la plataforma continental, dilucidar si la expresión “controversias relativas al estatuto territorial de Grecia” debía o no entenderse como que comprende controversias relativas a la extensión geográfica-espacial de los derechos de Grecia sobre la plataforma continental en el mar Egeo.⁴⁴

Ahora bien, en un aparente sentido contrario, podría verse el fallo de *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*⁴⁵ en el que árbitro

⁴² *Ibidem*, p. 32, párrafo 77.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Al reconocer la CIJ que los derechos de exploración y explotación que acompañan al concepto de plataforma continental están enmarcados en el “estatuto territorial” del Estado ribereño, el tribunal encontró que la reserva griega al Acta de 1928 era aplicable y aplicaría la reciprocidad, por lo que falló en favor de Turquía y se declaró incompetente para conocer la controversia que le fuera sometida por Grecia.

⁴⁵ *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* case award in the *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* case (International Law Reports 1951, pp. 144-152).

Lord Asquith of Bishopstone sostuvo que el otorgamiento de una concesión petrolera de 1939 no debía entenderse como que incluyera la plataforma continental.⁴⁶ Vale la pena en este punto señalar que la propia CIJ distinguió en el litigio heleno-turco que existía una diferencia esencial entre una concesión de derechos de exploración y explotación sobre un área específica en una concesión (la del arbitraje) y la exclusión de controversias relativas a su estatuto territorial. En la primera de ellas, el tribunal señaló que habría una presunción de que una parte que transfiere derechos de propiedad a otra solamente tiene la intención de transferir los derechos que posee en ese momento, contrario a la expresión de un término genérico como el expresado por Grecia en la reserva al Acta de 1928.⁴⁷

Por lo que toca al arbitraje, prevalecería la parte de Abu Dhabi al descontar la plataforma continental de la obligación contraída con la compañía americana. El método utilizado por Lord Asquith fue reducir la concesión a lo que entonces poseía el jeque de Abu Dhabil, pero veamos lo que decía el texto del ámbito de la concesión:

a) el área incluida en este Acuerdo es todo el territorio sujeto al gobierno del gobernante de Abu Dhabi y sus dependencias, y todas sus islas y aguas territoriales. Y si en el futuro se llevara a cabo una delimitación del territorio perteneciente a Abu Dhabi, por acuerdo con otros gobiernos, entonces el área (de este Acuerdo) coincidirá con los límites previstos en dicha delimitación.

El arbitrador apuntó que “aguas territoriales” comprendería el límite de la concesión, ya que claramente en 1939 no existía el concepto de plataforma continental para el Derecho Internacional. Con un tono brusco, Lord Asquith despachó que esa fuera la intención de las partes al señalar que “la idea no pasó por sus cabezas”, y que si no había sido ideado por el más sofisticado de los jurisconsultos menos pasaría por el “entendimiento” de un poderoso, pero “simple e iletrado” jeque.⁴⁸ Podría con la lectura del inciso mencionado cuestionarse que el área fuese específica, como señaló la CIJ, pues se refería a “todo el territorio”; siendo además preocupante que prevé delimitaciones del territorio en el futuro con otros gobiernos. Queda claro, eso sí, que en aquella época era inexistente el concepto de plataforma continental y pareciera que

⁴⁶ *International Law Reports* 1951, pp. 144-152.

⁴⁷ CIJ, *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Fallo, 19 de diciembre de 1978, p. 32, párrafo 77.

⁴⁸ William W. Bishop, “Arbitration between Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. and Sheikh of Abu Dhab”, *The American Journal of International Law*, vol. 47, núm. 1, enero de 1953, pp. 156-159.

el arbitrador buscó escudriñar la intención de las partes y, sin duda, recurrir a la interpretación histórica; sin que se lograra, en nuestra opinión, disentir con precisión las reglas utilizadas en el laudo. Cabe señalar que el arbitraje fue anterior a la formulación de la CVDT y, como fácilmente puede desprenderse de las observaciones de Lord Asquith la visión era completamente eurocentrista.

Ahora bien, podría especularse que tratándose de cuestiones generales debe recurrirse a una interpretación contemporánea y en puntos concretos a una interpretación histórica,⁴⁹ pero, a nuestro juicio, el juzgador podría a través de las reglas asentadas en la CVDT tomar la decisión correcta en cada caso particular. No parece entonces que fuera un vacío dentro del articulado de la CVDT al ser las reglas de interpretación adaptables a cada caso concreto.

VIII. CONCLUSIONES

Las reglas para la interpretación de tratados asentadas en la CVDT son un reflejo de la costumbre internacional aceptada por la comunidad internacional que ha sido acogida en los foros jurisprudenciales internacional. La maleabilidad y la adaptabilidad de ellas ayudan al juzgador a la resolución de casos complejos de la escena internacional, incluso aquellos especializados como es la materia de Derecho del Mar.

El primer punto observado es que las reglas generales de interpretación se aplican en el Derecho del Mar como se aplica en el Derecho Internacional en general, ya sea por la vía convencional o por el derecho consuetudinario que está reflejado en la CVDT. En ello podemos observar que la CIJ, el ITLOS y los tribunales arbitrales han adoptado una postura uniforme.

En relación con lo expresado en el párrafo exterior, aquellos países que sometan una controversia a un foro jurisprudencial pueden prever que los juzgadores aplicarán las reglas de interpretación aquí expuestas, ya sea por vía convencional o consuetudinaria para aquellos pocos casos que no se han vinculado a la CVDT.

En los litigios y arbitrajes sobre el Derecho del Mar los distintos puntos de las reglas de interpretación contenidas en la CVDT han tenido ocasión de mencionarse y ser utilizados, lo que da ocasión a constatar su vigencia y utilidad. No cabe duda que el primero de los criterios asentados en las reglas de

⁴⁹ A esta conclusión parece llegar Ulf Linderfalk después de analizar a conciencia la problemática de la variación de los términos en el tiempo. Cfr. Ulf Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Países Bajos, Springer, 2007, p. 95.

interpretación quizá sea el más importante, la buena fe, pues de él también se cimienta la construcción de las relaciones en el concierto internacional.

Del estudio de casos no se observa una diferenciación en la aplicación de las reglas de interpretación en Derecho del Mar con respecto a otras materias, pero sí una complejidad distinta cuando la tarea de los arbitradores se aboca a la definición de términos técnicos o científicos. A ello, la respuesta en los foros internacionales ha sido el empleo de los términos en su definición legal, a pesar de que pudiera tener otro sentido en un rigor científico tal como podría ser el caso de “plataforma continental” sobre la cual hay reglas específicas en la CONVEMAR.

El uso de reglas de interpretación es vital en la materia, la CONVEMAR es una verdadera Constitución de los océanos por lo que recurrir a ella es materia fundamental como fuente de derecho. Como una consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia en Derecho del Mar también ha contribuido a la consolidación y precisión de las reglas de interpretación en el Derecho Internacional General.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

AUST, Anthony, *Modern treaty law and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

DEL VECCHIO, Angela y Roberto VIRZO (eds.), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Cham, Switzerland, Springer, 2019.

DÖRR, Oliver y Kirsten SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012.

KLABBERS, Jan, *The concept of treaty in International Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1998.

VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

2. *Artículos*

ARATO, Julian, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Conse-

quences”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, núm. 3, 2010.

BISHOP, William W., “Arbitration between Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. and Sheikh of Abu Dhab”, *The American Journal of International Law*, vol. 47, núm. 1, enero de 1953.

VIRALLY, Michel, “Review essay good faith in public international law”, *American Journal of International Law*, vol. 77, núm. 1, enero de 1983.

NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL Y DERECHO DE LOS TRATADOS EN UN ENFOQUE DE RELACIONES INTERNACIONALES

Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS

SUMARIO: I. *Importancia de la negociación y el Derecho de los Tratados en las Relaciones Internacionales.* II. *La negociación internacional como un proceso dinámico y complejo.* III. *Algunos elementos necesarios para que discorra la negociación.* IV. *La negociación internacional: un aspecto fundamental del carácter integral del Derecho de los Tratados.* V. *Necesidad de ubicar la negociación internacional en el marco normativo del Derecho de los Tratados.* VI. *Reflexiones finales.* VII. *Referencias bibliográficas.*

I. IMPORTANCIA DE LA NEGOCIACIÓN Y EL DERECHO DE LOS TRATADOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Un factor nodal en el Derecho de los Tratados y las Relaciones Internacionales es la negociación, entendida como el proceso que conduce a un entendimiento entre dos o más sujetos de derecho internacional o actores de la política internacional, básicamente Estados y organizaciones internacionales, para resolver desacuerdos, controversias, diferendos y conflictos políticos, económicos o sociales, o para celebrar tratados bilaterales y multilaterales, y establecer normas de aplicación internacional.

La globalización de los procesos y las grandes innovaciones tecnológicas han intensificado las relaciones entre los distintos miembros de la comunidad internacional, acelerando por un lado, los esquemas de integración política y económica; y multiplicando, por el otro, la concertación de tratados, así como de marcos normativos y foros de negociación y de consulta en los planos regional, internacional y global. Esta transformación cualitativa del mundo moderno, no sólo hace necesario reinsertar con otra mística a Mé-

xico en el nuevo sistema político mundial —impredecible, caótico e inacabado—, replanteando el esquema tradicional de organización y control de la política exterior, el quehacer diplomático y la negociación crítica de los tratados, acuerdos y convenciones internacionales.

Mi hipótesis central sostiene que la negociación internacional, desde una aproximación estrictamente jurídica, hace necesario demostrar, entre otras cuestiones, la conveniencia de someterla a una regulación convencional internacional, toda vez que no se dispone —desde la firma de la Convención de Viena de 1969 hasta estos momentos— de bases normativas y empíricas suficientes para establecer un derecho especial de la negociación internacional que se vincule particularmente con el derecho de los tratados. Así, y a fin de contar con una visión integral del problema planteado, es muy importante saber cómo se da y qué consecuencias tiene ahora la relación *negociación internacional-derecho internacional*, más allá de la condición de la primera como medio, por antonomasia, para el acomodamiento de intereses y la resolución de controversias.

Una tarea básica para determinar la existencia formal de un sistema regulatorio de la actividad negociadora internacional, radica en establecer las bases normativas sobre las que puede levantarse la construcción de una rama de derecho autónoma en la materia; tomando en cuenta para ello, que una peculiaridad de la negociación internacional consiste en que se le utiliza en el plano intergubernamental y en el no gubernamental, es decir, tanto en la esfera del derecho internacional *público* como en el derecho internacional *privado*, lo que hace suponer que la naturaleza de los sujetos, derechos y obligaciones en juego, intereses, circunstancias, culturas y sistemas jurídicos, difieren considerablemente en el escenario complejo de las relaciones internacionales.¹

La premisa central sobre la que invito a reflexionar, es que existen bases para sostener que: primero, las normas presentes en la actualidad con respecto a la negociación internacional corresponden claramente a una construcción jurídica sistemática —aunque heterogénea, cerrada y particular del proceso— que todavía se halla incompleta y en evolución; segundo, el Derecho Internacional de la negociación, en desarrollo progresivo, y el Derecho de los Tratados, en plenitud convencional y doctrinal con un fuerte arraigo en la práctica internacional actual, están llamados a relacionarse cada vez con más fuerza; tercero, es muy posible que las reglas y prácticas

¹ Alan Fowler, *Effective Negotiation*, Reino Unido, Institute of Personnel Management, 1986, p. 5.

procesales, así como las normas genéricas contenidas en decisiones de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas y de otros tribunales internacionales, así como en resoluciones de otros órganos internacionales competentes, sean objeto de una convención internacional obligatoria; y, cuarto, en cuanto a las directrices, como las propuestas en la resolución de la Asamblea General de la ONU en materia de regulación de la negociación internacional, requerirán, por su complejidad y trascendencia, de una cuantiosa suma de esfuerzos y voluntades en su formulación y la búsqueda de los consensos necesarios, con miras a la futura adopción de una convención internacional jurídicamente vinculante.

II. LA NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL COMO UN PROCESO DINÁMICO Y COMPLEJO

En un primer acercamiento conceptual, la negociación puede ser concebida como arte, técnica y ciencia. En su acepción más antigua, como *arte*, es la habilidad de transigir y, según la entiende Howard Raiffa, se trata de una serie de “...habilidades interpersonales, la capacidad de emplear toda una canasta de argucias, de regateo y la sabiduría de saber cuándo y cómo usarlas”.² Como *técnica*, significa que quien la ejecuta —esto es, el negociador— debe ser un experto, no sólo en su materia, pues además debe ser un conocedor de las diversas técnicas de negociación; entendiendo a ésta en sí como una técnica universalmente conocida que utilizan los hombres en todos los niveles de su vida para lograr una convivencia óptima. Como *ciencia*, la negociación interesa en particular al científico político o social, al igual que al jurista, pues se aprecia del todo su naturaleza y complejidad, si bien no se le ha estudiado con amplitud y suficiencia, en el sentido de demostrar, por medio de un análisis sistemático de su desempeño, que el objetivo fundamental del proceso es la solución de la problemática en cuestión, además de la atención —aunque no necesariamente— de controversias y conflictos de cualquier género.

A partir del estado del arte del proceso, se puede resumir que la definición de *negociación internacional* tiene tres facetas de interpretación que son:³ 1) la que la concibe como un proceso complejo, que abarca todos los planos de la vida en relación con las actividades políticas, económicas, jurídicas y

² Howard Raiffa, *El arte y la ciencia de la negociación*, México, FCE, 1991, p. 58.

³ Sergio Guerrero Verdejo, *Introducción al estudio de la negociación internacional*, México, Porrúa, Universidad Anáhuac del Sur, 2005, pp. 19 y ss.

sociales, y que incumbe no sólo a los Estados, sino a cualquier sujeto que se involucre y que busque un acuerdo a sus necesidades; 2) la que la vincula como una parte de un método para la solución de conflictos, básicamente entre los Estados, aunque puede hacerse extensivo a otros actores y sujetos internacionales; y 3) la que se relaciona con la actividad diplomática de los Estados y los organismos internacionales, en su amplio espectro, para arribar a un acuerdo efectivo. A todo esto, cabe añadir que la negociación se refiere a asuntos tanto públicos como privados; es decir, los que corresponden a las entidades públicas y los propios de particulares, esto es, los que se abordan en tratados y convenciones, por un lado, y los contenidos en los contratos internacionales, por el otro.

También es apropiado entenderla como un *mecanismo relacional* en el que participan de manera efectiva los fenómenos intelectuales, la inteligencia del pensamiento en la forma de su aplicación, en su sutileza y en la habilidad;⁴ e igualmente como un instrumento relevante, una disciplina universal, un mecanismo, un método, una acción o un proceso; siendo entonces lo esencial definir su finalidad y el escenario donde se lleva a cabo. Por ello se afirma, con razón, que en la negociación las partes o los actores deben señalar con claridad sus propósitos y peticiones, sus argumentos para fundamentarla con miras a que, una vez evaluados por la otra parte, se otorguen algunas concesiones o contrapropuestas, se materialice un compromiso, un entendimiento, un acuerdo o un tratado.⁵

Ahora bien, compartiendo criterios con el profesor español Beltramino, considero que se trata eminentemente de

un conjunto lógico de acciones y procesos de interacción social, conducidos entre dos o más partes de distintos Estados-gobiernos, organizaciones internacionales, sociedades mercantiles diversas, individuos, y otras instituciones, cuya naturaleza, dinámica y marco general resultan de la voluntad de las partes y las circunstancias de tiempo y espacio, teniendo por objeto producir un acercamiento determinado o la resolución de diferendos y conflictos mediante el acomodamiento de intereses, en vistas a un acuerdo o entendimiento concreto.⁶

⁴ Pierre Liebre, *El arte de la negociación*, España, Ediciones CEAC, 1990; también véase Jean-Daniel Clavel, *La negociación diplomática multilateral*, México, FCE, 1994.

⁵ Fred Charles Ikle, *How nations negotiate*, EEUU, Harper & Row Publishers, 1964, p. 3.

⁶ Juan Carlos Beltramino, “¿Hacia un derecho de la negociación internacional?”, en *Estudios de derecho internacional*, t. II, Argentina, Editora Córdoba, 2003, pp. 1191-1205.

De igual manera, se puede afirmar que casi ninguno de los autores que lo han estudiado advierten que el proceso de negociación no ha sido sometido hasta ahora a ningún tipo de “normatización” o regulación convencional, y similares. La propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDI) pasa por alto su tratamiento, a pesar de que en los últimos 50 años se ha dado un creciente e inusual desarrollo de la negociación internacional, con distintos tipos de actores y temas diversos, así como la utilización cotidiana de ciertas reglas y prácticas de aceptación generalizada para las partes. Los usos y costumbres de la negociación se han generalizado al punto en que es posible afirmar la existencia de un *corpus* de derecho consuetudinario en la materia. Como ejemplo de esta expansión baste señalar que la Asamblea General de la ONU adoptó el 8 de diciembre de 1998, con la reserva de varios Estados miembros, la Resolución 53/101, con la que se establecen, por primera vez, los “Principios y Directrices para las Negociaciones Internacionales” (Naciones Unidas, 1999).

Lo interesante para nosotros, los juristas internacionales y los internacionalistas latinoamericanos, es que este resolutivo incluye una serie de principios de derecho internacional que se consideran relevantes para las negociaciones, acompañados de diversas directrices, algunas de las cuales son de fácil aceptación, mientras que otras son claramente controversiales.

Ahora bien, aunque de lo anterior se puede inferir que, en las relaciones internacionales, se han dado múltiples y variados significados al término *negociación*, la mayoría coinciden en que se trata de toda acción encaminada a la concertación de un acuerdo —político o jurídico— aceptable para todas las partes involucradas. La doctrina es amplia e ilustrativa a este respecto, aunque se puede adelantar que, por lo general, los autores no hacen distinción preciso en tipos determinados de negociación al proveer una definición o concepto, por ejemplo entre la de carácter diplomático y la dirigida a la concertación específica de instrumentos jurídicos, como tratados-contratos (convenios) y tratados-ley (convenciones internacionales). El grueso de los doctrinarios del derecho internacional sí distinguen entre negociación diplomática y medios jurídicos de solución pacífica de controversias. Es el caso —entre muchos otros— de los maestros Charles Rousseau⁷ y Modesto Seara Vázquez,⁸ quienes hacen referencia a las negociaciones diplomáticas diferenciándolas de la negociación de los tratados, considerando a las primeras como los contactos directos realizados por agentes diplomáticos,

⁷ Charles Rousseau, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1975.

⁸ Modesto Seara Vázquez, *Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 2004.

ministros y aun jefes de Estado, para resolver un conflicto interestatal, básicamente de naturaleza política, antes de recurrir a otros medios de solución pacífica. También llama la atención la visión que sobre el punto expresan Alfred Verdross⁹ y Max Sorensen,¹⁰ para quienes la denominación de estas actuaciones refieren únicamente al tema de los “negocios jurídicos multilaterales”, circunscribiéndolos a la concertación de tratados. Para ambos, toda negociación, de la clase que sea y al margen del objetivo que con ella se persiga, deviene y es formalizada habitualmente por algún tipo de acuerdo jurídico entre las partes involucradas.

En la doctrina jurídica y política, el término *negociación* denota la existencia de confusiones, principalmente entre negociaciones diplomáticas, negociaciones internacionales y negociaciones para concertar un tratado; aunque en mi apreciación esta discrepancia terminológica es irrelevante pues, en última instancia, y en un sentido parecido a como lo conciben Verdross y Katzenbach,¹¹ todas son y se trata en todos los casos de negociaciones internacionales, por la sencilla razón de que se llevan a cabo entre sujetos de derecho internacional, que son común y paralelamente considerados como actores de la política mundial.

Además, en todas las definiciones recuperadas por la doctrina positiva se perciben elementos constantes como que: *a)* toda negociación es un proceso; *b)* en ese proceso participan dos o más sujetos de derecho internacional, fundamentalmente los Estados; *c)* en toda negociación esas partes se relacionan entre sí por la vía pacífica; y, *d)* por medio de esa negociación se busca llegar a un acuerdo sobre un asunto en particular o arreglar diferencias existentes entre las partes.¹² En este sentido, la definición que propongo es que se trata de “un proceso en el que se relacionan, por la vía pacífica dos o más sujetos del derecho internacional, generalmente actores reconocidos de la política internacional, para establecer o modificar una situación y llegar a un acuerdo que, en la mayoría de los casos, debe ser aceptable para todos”.¹³

⁹ Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, España, Aguilar, 1975.

¹⁰ Clive Parry, “Derecho de los Tratados”, en Max Sorensen (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, México, FCE, 1998, pp. 199-227.

¹¹ Nicholas de B. Katzenbach y Morton A. Kaplan, *Fundamentos políticos del derecho internacional*, México, Limusa-Wiley, 1965, pp. 268-279.

¹² Jeswald W. Salacuse, *Transacciones internacionales. Los negocios en el mercado mundial*, España, Gedisa, 1993, pp. 134 y ss.

¹³ Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, *Estudios avanzados de derecho internacional público en ciencias políticas y sociales*, México, FCPS-UNAM, 2008, pp. 229-246.

III. ALGUNOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE DISCURRA LA NEGOCIACIÓN

El inicio de toda negociación requiere analizar y ponderar la situación prevaleciente, a fin de conocer las posibilidades reales y otros criterios de factibilidad para la consecución de las metas que se persiguen, revisando con atención y sumo cuidado el comportamiento de los factores a considerar con miras a evaluar la viabilidad del proceso y su realización, así como el sentido que se le debe imprimir y las expectativas que se esperan del mismo. *Grosso modo* se trata de un juego de factores generales y particulares, con especial énfasis en la determinación del ambiente que resulte más conveniente a la interrelación y en el acuerdo de las partes negociadoras. Los *factores generales* son importantes porque influyen de una manera indirecta en el desarrollo, éxito o fracaso de la negociación. Se pueden identificar varios de ellos, destacando cinco:¹⁴

1. La situación en que se hallan los participantes con respecto a los otros. Resaltan en este punto la vecindad, la posición geopolítica, el desarrollo económico, la pertenencia a organizaciones o bloques, la cultura, la ideología, el sistema político y jurídico, entre otros.
2. Las posibilidades, según el momento político mundial, en relación con la materia de negociación (las negociaciones en el rubro del medio ambiente, los derechos humanos y la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, tienen más garantía de éxito que hace tres décadas).
3. El ambiente prevaleciente en el escenario internacional, el contexto presente, o bien las circunstancias específicas a favor o en contra del asunto negociado y en relación con los participantes. Este factor es de corte muy parecido al anterior, pero su naturaleza y alcances resultan más acotados.¹⁵
4. La mayor o menor necesidad o urgencia que se tenga, a nivel mundial, de obtener resultados inmediatos de una negociación. Verbi gracia: en los años noventa del siglo XX un tema de urgencia, entre

¹⁴ Lucía Irene Ruiz Sánchez, *Las negociaciones internacionales*, México, FCPS-UNAM/SRE, 1995, pp. 16 y ss.

¹⁵ Por ejemplo, el ambiente para la concertación de acuerdos sobre el calentamiento global fue más favorable en 2016 que cinco o diez años atrás, cuando se renegó el Protocolo de Kyoto; asimismo, el contexto regional de 2016 fue mucho más favorable que en 2010 para la celebración de un arreglo definitivo entre el gobierno colombiano y las FARC.

otros, es el combate al narcotráfico, o en los primeros años del siglo XXI el asunto más ingente lo constituyó la llamada lucha contra el terrorismo a partir de los hechos de septiembre de 2001.

5. El origen de la iniciativa de la negociación. La experiencia muestra que una iniciativa suele ser mejor aceptada si proviene de una organización internacional que cuando es planteada por un Estado o grupo de ellos. Por lo general, una agencia intergubernamental tiene mayor poder de convocatoria que una entidad estatal, pero sin dejar de advertir que en ello influye el tipo de asunto y las circunstancias prevalecientes.¹⁶ En la práctica internacional es común que los miembros de las Naciones Unidas hagan propuestas en la Asamblea General para que la ONU se ocupe de convocar a la negociación de determinados temas, como sucede con la codificación del derecho internacional o la elaboración de un marco jurídico común para la negociación entre Estados y otros sujetos concertantes.

Por lo que concierne a los *factores particulares*, son condicionantes específicos en relación con la materia negociada, con la persona del negociador o con la realidad de cada uno de los participantes, que influyen en cierto grado para que la negociación se facilite o se dificulte. Se trata, en términos llanos, de los siguientes:¹⁷

- a) El acercamiento natural y la estrechez de las relaciones entre los sujetos o actores. La historia demuestra que las negociaciones tienden a facilitarse entre vecinos o miembros de una región determinada, como ocurre en América Latina, Europa o África.
- b) La reputación que tiene cada uno de los participantes en el escenario internacional. Aquí resultan influyentes el poderío económico y político, la estabilidad política y económica, el grado de control que se tenga de una situación, la solvencia moral, el prestigio diplomático, los precedentes establecidos, el respeto derecho y la justicia internacionales, entre otros.
- c) La necesidad y aún la urgencia que una parte tenga de negociar un determinado asunto o cambio de situación. Por ejemplo, la necesidad que se da entre beligerantes para alcanzar negociaciones de paz,

¹⁶ Pongáse por ejemplo, el papel fundamental que jugó la Organización Mundial de la Salud, en ocasión de la determinación del COVID-19, como pandemia mundial (febrero de 2020), que desató distintas decisiones y acuerdos conjuntos entre Estados y gobiernos en materias sanitaria, económica y humanitaria.

¹⁷ Ruiz Sánchez, *op. cit.*, pp. 24-25.

- o la de países intervenidos por negociar el cese de hostilidades, o la de los propios beligerantes e insurrectos por negociar con el Estado territorial o las Naciones Unidas el reconocimiento correspondiente.
- d) La voluntad que cada uno de los intervinientes tenga de llegar a un arreglo. Hay ocasiones en que uno de éstos acepta ir a la mesa de negociaciones sólo para dar tiempo a que cambien las condiciones internacionales para tener una posición más favorable, y mientras esto no ocurra puede incluso obstaculizar el proceso con los riesgos que ello conlleva.¹⁸
 - e) La destreza de los negociadores de cada una de las partes, para llegar a una situación que a un costo mínimo deje satisfechas a las contrapartes. La orientación de la negociación cambia conforme a las condiciones que se presentan porque los negociadores deben ir buscando diferentes estrategias qué aplicar para contrarrestar las que sus pares vayan utilizando.
 - f) La generación de un ambiente propicio para el intercambio de ideas. Implica una situación de amistad, cooperación y compromiso común existente entre las partes, dentro de una urdimbre de situaciones que ocurren en la convivencia entre entidades negociantes, donde se puede dar la conjunción de circunstancias que favorezcan el entendimiento y faciliten la negociación de determinadas materias, algunas de cuño muy complicado como las relativas a la creación de zonas libres de armas nucleares que permearon seriamente el ambiente de los sesentas en el mundo entero, particularmente en el continente americano.¹⁹

En todo caso, siempre es útil que al término de una negociación se analice su desenvolvimiento y se determine cuáles fueron los factores que propiciaron su resultado, cualquiera que éste sea. Al conocer con exactitud las razones que llevaron a determinadas situaciones del proceso, se busca facilitar la pla-

¹⁸ En otros casos, un sujeto o actor se sienta a negociar forzado por presiones políticas, económicas o militares, sin poner empeño por obvias razones. Sobran ejemplos en la historia política mundial de los últimos 100 años acerca de múltiples negociaciones que fueron suspendidas una y otra vez y al final los resultados fueron magros, limitados o marcadamente insuficientes: la guerra de Vietnam, el conflicto árabe-israelí, los diferendos insulares entre China, Japón y Rusia, etcétera.

¹⁹ En el rubro de los tratados multilaterales, este juego de circunstancias se centra habitualmente en la compatibilidad de los objetivos de dos o más sujetos; en los intereses que prevalezcan en el momento para cada uno; en el grado de compromiso que exista entre ellos o menos voluntad política para arribar a un entendimiento plausible.

neación de estrategias en futuras negociaciones.²⁰ A la par de los factores generales y particulares que he semblanteado, existen otras circunstancias específicas referentes a las relaciones entre los sujetos negociadores y la situación particular que presentan cada uno de ellos, pues de esto depende en mucho la forma en que deba prepararse y conducirse la negociación, se busque o no lograr la concertación de un tratado o convenio internacional.

IV. LA NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL: UN ASPECTO FUNDAMENTAL DEL CARÁCTER INTEGRAL DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

En el enorme campo de las ciencias políticas y sociales, la manera idónea de resolver los conflictos es mediante las negociaciones internacionales y una de las formas en que el resultado de las mismas se expresa es por medio de los tratados internacionales. Por esta razón, es importante abordar el análisis de estos instrumentos a través de la negociación, que es el medio por el cual se obtienen. Ello implica centrar la discusión en la negociación internacional como un aspecto esencial del derecho de los tratados, en sus dimensiones teórico-práctica y doctrinal. Se trata, entre otras tareas, de revisar el marco legal dentro del cual un tratado debe celebrarse, esto es, al tenor de las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, el derecho internacional general y siempre a la luz de la costumbre internacional prevaleciente, analizando en primer lugar las técnicas y reglas de la negociación y la forma en que se celebran y entran en vigor, así como los incidentes que con mayor frecuencia se pueden observar, tales como las declaraciones y el establecimiento de reservas —especialmente en el caso de los tratados multilaterales— y los diversos eventos que se dan en lo que toca a su interpretación, cumplimiento, enmienda, terminación y solución de diferencias a que den lugar.

La negociación internacional no es únicamente un método pacífico de solución de los conflictos internacionales, normalmente es la manera en que los Estados o los sujetos de derecho internacional concilian sus intereses para lograr objetivos o metas de todo tipo. Es así que el estudio de los tratados internacionales²¹ no se debe dar desde la óptica exclusiva de los conflic-

²⁰ Gerard I. Nieremberg, *Fundamentals of negotiating*, EEUU, Hawthorn Books, 1973. Del mismo autor consúltese *The art of negotiation*, EEUU, Cornestone Library, 1981; en especial el capítulo II.

²¹ La Convención sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados del 23 de mayo de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980 tras recibir la aceptación de 33 de los Estados firmantes, señala en su artículo 2, inciso a) que “Se entiende por tratado un

tos o del arreglo de desacuerdos, sino que también debe atender a la obtención de acuerdos que puedan producir beneficios o que sean el medio para alcanzar, entre otros, fines de carácter político, económico, social, cultural o sanitario, mediante la coordinación o la adecuación de los intereses o los esfuerzos.

1. *Características generales de la negociación de los tratados*

Con relación al derecho de los tratados, la negociación consta de tres características puntuales que son, entre las principales, su naturaleza, sus partes y su marco. En cuanto a su *naturaleza*, al iniciar la negociación de un tratado se debe tener especial cuidado en precisar el objetivo que se procura o el desacuerdo que se pretende solucionar, ya que frecuentemente el fracaso de las negociaciones se debe a la falta de claridad o al desconocimiento del objeto de la negociación; es indispensable entonces precisar, por ejemplo, las causas reales de los desacuerdos, que pueden radicar en los hechos, las vías, los medios, los objetivos, los intereses o las opiniones. Una vez precisado el motivo de la negociación, debe seleccionarse a quienes participarán en representación de los sujetos en la negociación, cuidando que invariablemente concurren peritos en derecho, negociadores calificados, y, fundamentalmente, expertos en las cuestiones de fondo, evitando el tan frecuente vicio de la improvisación.

En cuanto a las *partes*, y una vez definido con claridad el tema de la negociación, se debe identificar a los agentes que deben participar en ella y el carácter con el cual sus representantes deben concurrir, es decir, desde este momento se deben ocupar de la representación de cada uno de los sujetos de derecho internacional que participarán en los trabajos. El artículo 2.1, inciso e) de la Convención de Viena de 1969 establece que se entiende por Estado negociador “un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado”. A diferencia de los tiempos pasados, en el presente la nueva estructura de los órganos de gobierno y la calidad y la velocidad de las comunicaciones, han reducido la necesidad de contar con esquemas de representación rígidos, por lo cual las nuevas técnicas de conclusión de los acuerdos internacionales se han adecuado a la nueva realidad y el marco legal recoge estas nuevas circunstancias. Es así que en la

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”. Véase Antonio Remiro Brotons *et al.*, *Derecho Internacional. Tratados y otros documentos*, España, McGraw Hill, 2001, p. 275.

Convención de Viena de 1969 y en la de 1986, se acepta la representación sin necesidad de presentar plenos poderes, lo cual se deduce de la práctica de los Estados interesados o por el carácter de las funciones que realizan.²²

En lo referente al *marco* de la negociación, existen varias situaciones que es conveniente conocer al menos en sus rasgos generales. Es así que antes de concurrir a la negociación los representantes de las partes deben realizar el análisis exhaustivo del lugar, el momento y todas y cada una de las circunstancias que son antecedentes y normalmente consecuentes a la negociación, dado que el contexto en que una negociación va a realizarse influye forzosamente en la misma. En la actualidad, soslayar la coyuntura social, económica, religiosa o política sería un error inexcusable. De igual modo, es conveniente considerar que normalmente existen por lo menos dos marcos de referencia, uno real y otro imaginario, y si las partes no se ubican en el mismo marco, difícilmente podrán tener una negociación adecuada. De la evaluación del marco real propio y del de las contrapartes, así como del que es probable en un mediano y corto plazo, dependerá que se consideren o no oportunas la participación de una determinada persona en la delegación, la estrategia a desarrollarse, los motivadores a utilizar e incluso la conveniencia de la propia negociación. En efecto, considerar seriamente el marco de referencia puede incluso aconsejar dejar para mejor oportunidad una negociación, pues no se debe olvidar que el contexto tiene una dinámica propia.²³

²² Artículo 7 de la Convención de Viena de 1969: 1... “Se considerará que una persona representa a un Estado:

a) Si presenta los adecuados Plenos Poderes, o
b) si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a un Estado:

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 diplomática, 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 uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano”.

En igual sentido prescribe el artículo 7.3 de la Convención de 1986, Antonio Remiro Brotons, *op. cit.*, p. 277.

²³ Por ello, atendiendo debidamente al contexto en que la negociación deberá realizarse, la negociación se debe preparar, cuidando que la misma pueda ofrecer condiciones acepta-

Un supuesto lógico de un Tratado es que el contenido del mismo se encuentre dentro del ámbito de las facultades de los negociadores y de los órganos del Estado facultados para celebrarlos, sin embargo, una constante que históricamente podría comprobarse es el exceso; esto es, los negociadores en un altísimo porcentaje de los casos, se exceden en sus facultades. Abundan los ejemplos históricos de funcionarios de distinto rango y nivel que participaron en la conclusión de tratados, actuando en alguna medida sin facultades, ya sea excediendo su capacidad o contraviniendo texto expreso en sus leyes. En este supuesto, en la Convención de Viena subyace la convicción de que los tratados no deben constituir o ser instrumentos para convalidar los excesos de los negociadores ni los abusos de los poderosos, pero este precepto, cierto y justificado, difícilmente tomará cuerpo en el corto y mediano plazo, en tanto una o más superpotencias puedan enfrentar a toda la comunidad internacional y asegurar sus propios intereses.²⁴ Para apuntalar este argumento, remito la siguiente cita:

La buena fe y la legalidad de los Tratados y acuerdos están hoy en entredicho... es muy difícil esperar mejores resultados y cambios profundos en el orden vigente en tanto la sociedad internacional decaiga por sí misma y continúe trabajando a la sombra de los intereses de las grandes potencias... en realidad, por buenas intenciones nadie escatima, ni pueblos ni negociadores ni gobiernos, siendo en el terreno de los hechos concretos, donde el género humano y la comunidad internacional parecen titubear o dar constante marcha atrás.²⁵

2. *La negociación de los tratados internacionales*

En una visión de derecho y relaciones internacionales, el proceso de negociación de los tratados tiene al menos cuatro fases sucesivas: la preparación, la organización, el desarrollo y la negociación enfática (arquitectura). En la *preparación* de la negociación, lo primero que debe tomarse en cuenta es que no es suficiente tener talento para ser exitoso, sino que la formación debidamente estructurada es indispensable y, como ya se ha mencionado, en el

bles para todos y ser organizada cuidando las formas y los tiempos, evitando apresurarse y omitir etapas.

²⁴ Véase “Declaración sobre la prohibición de ejercer coacción militar, política o económica en la conclusión de tratados” en los anexos del Acta Final de la Convención de Viena.

²⁵ Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, FGPS-UNAM, 2011, p. 20.

campo internacional nunca es recomendable la improvisación. Los representantes de las partes en una negociación frecuentemente no se conocen; suelen basarse más en prejuicios, en estereotipos o en la imagen que se han hecho de sus contrapartes que en conocimientos reales; antes de concurrir a una negociación se debe hacer un análisis detallado y un diagnóstico exhaustivo no sólo de los personajes que concurrirán sino de la situación imperante, de las alternativas y de los métodos que pueden usarse y, básicamente proceder a seleccionar los individuos del propio grupo que se consideren más adecuados para llevarla a cabo. Acto seguido, se debe dar paso inmediato a la construcción de los argumentos, de las probables ofertas a la contraparte, del marco jurídico en el cual el producto de la negociación se habrá de ubicar y de los posibles resultados de la negociación, así como de la forma en que éstos pueden estructurarse y de la manera en que pueden optimizarse.²⁶

Al proceder a la negociación se debe dejar muy claro el contenido de la misma y, en primer término, contar con información detallada y precisa del asunto a tratar y de la forma probable en que el debate se habrá de plantear; acto seguido, deben esclarecerse al máximo los puntos débiles y fuertes de cada uno de los participantes y definir cuál va a ser la doctrina y la técnica que se empleará, a más de procurar definir los posibles escenarios en que las contrapartes desearán actuar. Cuando se trata especialmente del proceso de negociación de los tratados y convenios internacionales, se sugiere que al estructurar el plan de acción se tenga muy presente que lo más importante al hacer un planteamiento no es su contenido en sí, sino la forma en que se le percibe, considerando que en la mayoría de los casos la percepción está fuertemente influida por interacciones y acciones precedentes, así como por la reputación y el estado en el cual se encuentran las relaciones entre los sujetos negociadores del instrumento internacional en cuestión.

La fase siguiente es la *organización* de la negociación. Sólo cuando ésta se encuentra suficientemente preparada, se procede a organizarla, seleccionando las partes centralmente involucradas y las que probablemente pudieran pretender acceder a la misma; las formas en que se les invitará y motivará para que participen; el momento, el lugar y el contexto que de-

²⁶ Una situación que con frecuencia se presenta en las negociaciones internacionales es la notoria desigualdad entre partes, la asimetría entre los negociadores y la concurrencia de poderes opresivos en las mismas, por lo que la realidad se debe admitir y enfrentar con energía y optimismo. En especial, debe adoptarse una actitud flexible y paciente, preparándose para largas reflexiones y posiciones de escucha, presentarse como una posible solución a las necesidades de la contraparte y nunca dejar de considerar el efecto del tiempo, que degrada las cosas o cambia totalmente su importancia o percepción, ni el hecho de que nunca es posible afirmar cuáles serán los obstáculos reales a la negociación.

berá existir o crearse para facilitarla; las facultades que se deben recabar y los individuos que en atención a su competencia, características personales, carisma, posición política o relaciones con alguno de los miembros de las delegaciones de las contrapartes, deben integrar el grupo negociador. Esta es una cuestión fundamental que, por cierto, en algunas ocasiones el gobierno mexicano ha descuidado en distintas épocas y circunstancias históricas.²⁷ No se olvide que los contactos personales pueden ser de suma importancia, así como la fama y el prestigio público.

Es en esta fase organizativa cuando se deben poner a consideración de todas las partes el método que se seguirá en la negociación, las etapas con las que se integrará y la forma en que se asegurará el cumplimiento de cada una de ellas, a fin de evitar el desorden, el descuido y la anarquía. Cuando los eventos son de importancia, como fase preliminar se negocian el lugar, formas de asegurar la neutralidad del entorno, los idiomas de trabajo e incluso la forma y disposición de la mesa o la manera en que se desarrollará la negociación y se adoptarán las decisiones.²⁸

En la práctica de las relaciones internacionales no siempre la concurrencia a una negociación es voluntaria, ya que puede haberse establecido la obligación de negociar; en estos casos es indispensable atenerse a los términos del compromiso adquirido. Normalmente la negociación se realiza por la vía diplomática ordinaria, si bien, como ya antes lo indiqué, en el caso de los *tratados multilaterales*, la negociación y adopción del texto se realiza en

²⁷ Conforme a mi experiencia en el rubro y el contacto informal que mantuve con algunos de los negociadores, un ejemplo claro de esta situación se dio en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y en el Acuerdo de Asociación Económica México-Japón (aunque en menor medida). Para mayor referencia consultar la tesis de Rebeca Morales Domínguez (*Los tratados de libre comercio en el derecho internacional. Balance y perspectivas del Acuerdo de Asociación Económica México-Japón*, México, FCPS-UNAM, 2010). También puede consultarse: Abilio Rodríguez, “Impacto de la cultura en los negocios internacionales, un énfasis en los negocios con México”, *Daena: International Journal of Good Conscience*, vol. 2, núm. 2, México, abril-septiembre de 2007; donde se subraya que en México, como en cualquier otro país, el estilo de negociación está condicionado por las costumbres, tradiciones y otros aspectos culturales y se cita un estudio realizado por una consultora que destaca cuáles son, a su entender, los aspectos más sobresalientes del estilo mexicano de negociar. Adicionalmente, el documento resalta que una importante fortaleza de parte de los negociadores públicos y privados mexicanos es su habilidad para mantener relaciones armoniosas a la vez, entre sus superiores y sus subordinados, mientras que su debilidad radica en su incapacidad de tomar decisiones y en una dependencia excesiva hacia sus superiores para la toma de decisiones.

²⁸ No está de más advertir que en ocasiones es indispensable, antes del inicio de las negociaciones, establecer condiciones previas, como pueden ser por ejemplo el suspender los combates, pactar un armisticio, suspender barreras comerciales o gravámenes, reinstalar prerrogativas suspendidas, revalidar derechos limitados, entre otras.

conferencias internacionales o en el seno de las organizaciones interestatales; de hecho los propios tratados y convenios fundacionales por los cuales se constituyeron dichas instituciones prevén la forma en la cual, en su caso, la revisión de los mismos puede realizarse; prevén también el órgano responsable de hacerlo, así como la forma en que se atenderán sus responsabilidades. Por lo común, también se contempla el hecho de que se encomiende a alguna organización preparar un texto respecto a una materia o tema en concreto. Por lo que se refiere a la Organización de las Naciones Unidas, dentro de la misma frecuentemente se preparan proyectos de tratados, en especial cuando se pretende codificar el Derecho, mismos que se presentan a la comunidad para su aceptación; en estos casos el método de trabajo se encuentra predeterminado (por ejemplo, los trabajos de la sexta Comisión de la Asamblea General y la propia Comisión de Derecho Internacional).²⁹

En el plano del *desarrollo* de la negociación, adviértase que es la fase en el proceso global de confrontación de dos o más personas o en el caso de la gestión de un tratado, de representantes de dos o más Estados u organizaciones internacionales o de Estados y organizaciones, según sea el caso, que tienen por lo menos percepciones distintas de una situación o que pretenden concertar un acuerdo para crear una situación nueva. Cuando el motivo de la negociación es llegar a la concertación de un tratado, convenio u otro instrumento jurídico internacional, es conveniente que las partes procuren decidir las cosas de una manera expedita, útil y eficaz, ya que por la índole de las materias internacionales, el no hacerlo puede llevar a que alguna de las partes pueda sentirse facultada para adoptar una decisión unilateral y autoritaria, como “medida de emergencia”.

El planteamiento de la negociación internacional dependerá en primer lugar de si la negociación es bilateral o multilateral, ya que en el segundo caso la diversidad de interlocutores necesariamente complicará los intercambios. En efecto, las complicaciones surgen desde el primer momento, en el cual se debe establecer la localización geográfica de los lugares de encuentro, pues propiciar las reuniones de las delegaciones diplomáticas de dos Estados —caso en el cual puede acordarse la visita recíproca o una sede fija para negociar— no es igual, en complejidad, a dar una solución a los intereses de una pluralidad de partes. En las negociaciones plurilaterales es necesaria una organización más cuidadosa y, sobre todo, establecer un reglamento que prevea cómo debe actuar en cada uno de los aspectos

²⁹ Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, *Estudios avanzados de Derecho Internacional...*, cit., pp. 79-117. Véase el capítulo III, “La Comisión de Derecho Internacional en el marco de la codificación, el desarrollo progresivo y sus grandes retos de cara al siglo XXI”.

de cada una de las fases de la negociación, y considerar de entrada temas tales como el idioma y el marco legal dentro del cual se deberán situar los resultados de la negociación misma. También condicionan la evolución de la negociación el tema a tratar y sus características, ya que la situación será completamente distinta si se trata de una cuestión política, de una económica o de una técnica.

Las negociaciones multilaterales se pueden llevar a cabo bajo el patrocinio de un Estado que las promueva o bien dentro de la cobertura de una organización internacional. En este último caso puede generarse dentro de un grupo de trabajo de la propia entidad interestatal o bajo la mecánica de una conferencia internacional, como sucede en los casos de todos aquellos proyectos de codificación del derecho internacional. Los trabajos dentro de los organismos internacionales se facilitan por el hecho de que antes de los mismos preparan los proyectos a debatir, lo que prácticamente aporta la inmensa mayoría del material y el esfuerzo necesarios para tal fin (tal es el caso de la Comisión de Derecho Internacional que se ocupa de la codificación del derecho de gentes, donde por cierto se ha pretendido, sin éxito, establecer un reglamento permanente para las negociaciones).³⁰

En lo relativo a la *negociación enfática*, ésta no se encuentra sujeta a un marco legal, es decir, está fuera del ámbito del Derecho de los Tratados, pues como se puede inferir de la revisión de los textos de las Convenciones de Viena, las mismas omiten regularla, lo cual es perfectamente explicable por su dificultad intrínseca si se atiende la compleja y caótica realidad mundial, razón por la cual las reglas a las que se recomendaría sujetar la negociación son los principios mínimos que la técnica aconseja.

Bajo este criterio, el primer acuerdo clave debe ser el de situarse en el mismo marco de negociación, lo que implica, entre otros aspectos, la elección de un lugar que debiera ser neutral; es usual que, elegido el lugar, se acuerde la forma y la disposición de la mesa de negociaciones y tomar las medidas que pudieran ser convenientes para asegurar la igualdad de las partes, si bien son frecuentes los casos en que pareciera que el criterio seguido es exactamente el contrario.³¹ En los tiempos modernos se puede observar el fenómeno de la marcada diferencia de jerarquía, política o social, entre los representantes de los Estados, que puede ser acentuada por la desigual importancia de los propios Estados que cada cual representa;

³⁰ Cesáreo Gutiérrez Espada, *Derecho Internacional Público*, España, Trotta, 1995, pp. 293 y 294.

³¹ Ejemplo de ello es el caso de Kosovo en el cual la posición de las potencias fue indudablemente contrario a Yugoslavia, cuyo interés primordial debió prevalecer en la negociación.

circunstancia que puede significar una posición de desventaja para una de las partes, pues invariablemente existe la sombra de un poder que es imposible soslayar.

Hecho el contacto con los interlocutores deben buscarse los puntos de coincidencia que puedan facilitar el entendimiento común. En este momento es cuando cobra importancia el trabajo de preparación de la negociación, que permite confrontar con la posición real del interlocutor los informes, evaluaciones y consideraciones, sobre las posibles posiciones que podría asumir la contraparte. De ser posible puede tratarse de determinar si puede llegarse a establecer por lo menos en principio, alguna meta u objetivo común. A partir de este lapso, en las negociaciones multilaterales las cosas se complican, ya que normalmente la negociación se debe transformar en una serie de negociaciones bilaterales a fin de ir asegurando los acuerdos por parejas a modo de que en una segunda oportunidad se puedan establecer los acuerdos colectivos.³²

Se continúa el proceso con el intercambio de datos-informaciones y de argumentos y contra argumentos, procurando en todo momento mantener un ambiente de mutua escucha, respeto y cortesía, procurando en la medida de lo posible eliminar los juicios apriorísticos sobre su contraparte ya que la imagen negativa de un interlocutor necesariamente daña su credibilidad y la valoración objetiva de su argumentación. No obstante que la práctica internacional no lo ha consignado con precisión, debe tenerse en cuenta que la negociación no es un fin en sí mismo, es tan solo un instrumento del que se puede disponer para conciliar intereses en ocasiones contradictorios y que puede conducir a una decisión en la que todas las partes reciban por lo menos satisfacción parcial de sus intereses, tanto como una que consolide una injusticia o una aberración en cuanto una de las partes impone su posición de dominio sin importar la frustración de su contraparte.

Una decisión de este tipo puede evolucionar a la ruptura de las negociaciones en su versión más negativa, la guerra, pero frecuentemente sucede que la parte sometida no tenga más oportunidad que aceptar, caso en el cual cualquiera que sea el fundamento que se alegue, será mal recibida y debe mover a quien la impone a considerar que la medida prevalecerá en tanto conserve su posición de fuerza, ya que las normas internacionales permiten la modificación o terminación de los tratados cuando las circunstancias han

³² Indudablemente este paso se facilita si el Estado anfitrión o el organismo internacional prepararon una ponencia suficientemente estructurada que guíe los trabajos. Un método en uso, bastante eficaz, consiste en realizar sesiones informales para facilitar los acuerdos.

cambiado en perjuicio de una de las partes (principio *rebus sic stantibus*),³³ amén que, por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas “podrá recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen que a juicio de la Asamblea pueda perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre las naciones”,³⁴ pero no se pronuncia sobre las innumerables injusticias que históricamente se han cometido.

Posteriormente se puede ir tomando nota de los acuerdos que se vayan obteniendo y de las decisiones que en relación a los mismos se puedan adoptar; y para finalizar, se deben afinar los acuerdos y en su caso determinar si el método de documentarlos que interesa, es el de elaborar un tratado o convenio, con lo cual debe procederse a la preparación del borrador. Por lo tanto, esta fase no es sino el acto por el que los negociadores proceden a estructurar el texto del tratado; en esta etapa aún no existe una obligación para ninguna de las partes, la cual tendrá lugar cuando, habiéndose terminado el texto, los negociadores expresen su conformidad con el mismo, cumpliendo cada cual con el procedimiento que le corresponda para formalizar la aceptación. La aceptación de los tratados bilaterales debe realizarse por todos los partícipes, en tanto que en los tratados multilaterales sólo se consideran aceptados cuando se cubra la mayoría de participación que se indique en el tratado o la de dos tercios si no se ha señalado expresamente y cuando se trate del producto de una Conferencia internacional.³⁵

³³ Galindo Garfias indica que “nos ha enseñado el Derecho Romano que en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida, por razones de justicia y equidad, en el principio de buena fe, se considera implícita (cláusula natural), aquélla que expresa el principio conforme al cual la fuerza obligatoria del contrato depende de que subsistan, en el momento de su ejecución, las mismas circunstancias que prevalecían cuando éste se celebró”. Citado por José Méndez Vall, *Renegociación de los tratados imprevista y onerosamente injustos*, Paraguay, Editora Intercontinental, 2003, pp. 25 y 26.

³⁴ Carta de la ONU, artículo 14.

³⁵ Convención de Viena de 1969, “Artículo 9. Adopción del texto. 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 2.2. 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”, p. 276. La realidad internacional ha obligado en determinados casos a buscar la unanimidad o el consenso en los tratados multilaterales, en especial en aquellas materias en que el objetivo del tratado se tornaría en inalcanzable o inoperante al faltar alguna de las grandes potencias. En estos casos se trata de buscar un texto que pueda ser aceptado por todos o, al menos, por todos aquellos que tienen una especial significación. Otro caso a considerar son los tratados internacionales que son adoptados por la AG de las Naciones Unidas, ya que siguiendo las

V. NECESIDAD DE UBICAR LA NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL EN EL MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

1. *Una primera aproximación explicativa*

Al intentar plantear la negociación internacional desde una aproximación estrictamente jurídica, es imprescindible problematizar a fondo el asunto estructurando con algunas hipótesis de trabajo con el fin de demostrar, entre otras cuestiones, si es o no conveniente someterla a una regulación convencional internacional, mantenerla relativamente desregulada o si disponemos en estos momentos de bases normativas y empíricas suficientes para establecer un *derecho propio de la negociación internacional*; sin dejar de lado la prospectiva del proceso de ordenamiento jurídico, es decir, el camino que eventualmente seguiría el desarrollo de su ordenamiento normativo. Con este panorama, y a efecto de contar con una visión integral del problema planteado, es importante saber cómo se da y qué consecuencias tiene actualmente la relación *negociación internacional-derecho de los tratados*, más allá de la condición de la primera como un medio socorrido para la nivelación de intereses y la solución de problemas.

Al respecto, considero que la actuación de los negociadores y el proceso negociador mismo no tienen lugar en el vacío sino que están vinculados, en mayor o menor medida, según sea el caso, a los distintos sistemas normativos existentes. Éstos aparecen de manera explícita, en la etapa preparatoria, durante el desarrollo del tratamiento y la conducción estratégica, así como también después de su conclusión con relación a la implantación de lo acordado. De hecho, se sabe que siempre hay un cierto “condicionamiento jurídico externo” de todo proceso negociador y del accionar de las partes, pudiendo sostenerse con razón que el derecho es la tercera parte implícita.³⁶

reglas de procedimiento previstas es necesario sólo el voto favorable de la mayoría de los miembros presentes y votantes (Carta de la ONU, artículo 18).

³⁶ La experiencia histórica muestra que, indudablemente, el derecho está siempre presente en la negociación, tanto en aspectos sustantivos como en relación con cuestiones de procedimiento, sin importar cuáles sean los temas objeto de la misma y el número de partes. Manfred Lachs, ex juez y ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, expresó que “...en cada paso de la negociación el aspecto legal está presente, aun si es invisible. Está presente porque las partes discuten, acuerdan o no; tratan de redactar una fórmula que formará parte de un consenso más amplio que contendrá aspectos legales y la simple relación entre ellas en el proceso tiene un aspecto legal”. Cabe señalar que Lachs desarrolló su idea

En este sentido, las normas aplicables a la negociación se pueden agrupar en tres categorías: *a)* las propias de la legislación interna del país al que pertenecen las partes; *b)* las normas de derecho internacional general y de derecho internacional particular a las que están obligadas las partes; y *c)* las del contrato, resolución, decisión, mandato o directiva en que se basa la negociación de que se trate. Todas estas normas son susceptibles de ser citadas por las partes en apoyo de sus respectivas posiciones y propuestas o de simplemente ser tomadas en cuenta por ellas en su accionar. Al propio tiempo, y como la negociación debe normalmente llevar a un acomodamiento de intereses entre las partes, resulta vital contar con el mayor conocimiento que pueda obtenerse sobre las normas jurídicas que obligan a la contraparte.³⁷

En el campo normativo de la segunda categoría debe necesariamente distinguirse entre: normas obligatorias o de *hard law* —todas las fuentes del derecho internacional— y no obligatorias o de *soft law* —verbigracia, las provenientes de resoluciones y declaraciones de reuniones y conferencias multilaterales, los acuerdos diversos no formalmente obligatorios, los códigos de conducta, entre otros—. Otra distinción básica a tener en cuenta es la de normas convencionales: *a)* referidas a la celebración de tratados (Convenciones de Viena de 1969 y 1986) y contratos en su calidad de instrumentos, y *b)* de normas sustantivas, que establecen derechos y obligaciones de los Estados en las materias cuyos asuntos son motivo de la negociación internacional específica.³⁸ De esta suerte, dentro de su marco jurídico referencial, las partes gozan prácticamente de la más amplia autonomía y libertad para encarar y resolver los temas sustantivos y las cuestiones procedimentales, como algo propio e implícito en la naturaleza de la negociación en que se mueven, “axiomático e indiscutible”. Inclusive, la práctica muestra que es bastante probable que de una negociación surjan cambios y ajustes de normas preexistentes y la creación de nuevas normas de distinta categoría.

con referencia a la negociación intergubernamental, pero lo que él afirma es aplicable a la negociación internacional en general con otros actores.

³⁷ Esto debieran tenerlo muy en cuenta los operadores y diplomáticos mexicanos en las diversas y múltiples negociaciones políticas, económicas y jurídicas que despliegan a nombre de México con Estados extranjeros, particularmente con los Estados Unidos de América.

³⁸ No se olvide que, como lo sostiene Gidon Gottlieb: “las negociaciones internacionales tienen lugar sobre la base de reglas, principios y políticas acordadas que delimitan el perímetro de lo que puede ser pretendido. Es difícil para los Estados comprometidos en negociaciones —justamente cuando la buena fe es tan importante— rechazar principios y reglas que ellos han aceptado o los cuales la comunidad de naciones respeta”. (Gidon A. G. Gottlieb, “Global bargaining: the legal and diplomatic framework”, en Richard Falk *et al.*, *International Law. A contemporary perspective*, Londres, Westview Press, 1985, pp. 210-235).

2. *Elementos básicos para la ubicación de la negociación en el marco del Derecho Internacional general*

Un primer elemento básico para determinar la existencia en forma de un sistema normativo de la actividad negociadora internacional, consiste en identificar las bases reguladoras sobre las que puede levantarse la posibilidad de construir una rama de derecho autónoma en la materia. Para ello, la doctrina clásica es enfática al señalar que, para que una vertiente jurídica sea considerada independiente, es necesario que los principios que la sostienen tengan un carácter ontológicamente original y a la vez constituya “una construcción jurídica sistemática, completa y cerrada”. Al efecto, una peculiaridad de la negociación internacional consiste en que se le utiliza en los planos intergubernamental y no gubernamental, lo que hace suponer que la naturaleza de los sujetos-actores, derechos y obligaciones en juego, intereses, condiciones y sistemas jurídicos difieren mucho en el complejo de la sociedad global.³⁹

En el terreno factual de los últimos años, se viene dando una notable proliferación de la negociación internacional y la práctica negociadora, de tal suerte que se ha constituido una especie de “cultura de la negociación internacional” propia de los sujetos que actúan en este ámbito; y esto significa que los negociadores de distintos países u organizaciones internacionales, sin perjuicio de los intereses y objetivos que deben satisfacer, comportan ciertos valores relacionados con la negociación internacional, aproximaciones para encararla, metodología procedimental y hasta un vocabulario básico común que conforman dicha cultura, configurándose así el uso y difusión de una serie de reglas y prácticas consuetudinarias que constituyen, no cabe duda, una importante costumbre internacional en la materia. Además de otros esfuerzos concurrentes, la sociedad internacional actual dispone, primero, de un conjunto de normas relativas al comportamiento de las partes y al proceso negociador propiamente dicho; segundo, de una resolución imperfecta —pero atendible— de la Asamblea General de las Naciones Unidas; y tercero, de la jurisprudencia respectiva de la Corte Internacional de Justicia. Este cuerpo de acciones se refiere a la negociación internacional en su conjunto y vale la pena semblantarlas en su generalidad.

³⁹ Empero, es innegable que la actuación de los negociadores y el proceso mismo de la negociación responden a ciertas constantes elementales, que pueden considerarse comunes en términos generales a cualquier tipo de negociación de que se trate: alternativas de cooperación y conflicto, fases corrientes del proceso interacción entre aspectos sustantivos y cuestiones procedimentales, efecto de eventuales hechos y acontecimientos externos y reserva del tratamiento de las agendas, entre otros más.

En primer término, si se acepta que las normas aludidas son, primeramente, una costumbre, “prueba de una práctica generalmente aceptada”, y según lo establece el derecho internacional, ellas deben ser consideradas fuente de derecho después de las convenciones y tratados internacionales, ha de reconocérseles por tanto un carácter obligatorio o de *hard law* para las partes que negocian. Segundo, con relación a la Resolución AG/53/101 antes señalada y que se refiere a los Principios y Directrices para las Negociaciones Internacionales, es evidente que su carácter es recomendatorio como otras resoluciones y declaraciones de la ONU, siendo la diferencia entre ambas puramente formal. La Resolución fue adoptada con la reserva de varios Estados miembros de la organización, por lo que carece de la fuerza para constituir y ser referida como un conjunto de normas obligatorias de derecho internacional. No obstante, la aceptación generalizada de algunas de sus disposiciones invita a valorarlas como derecho internacional consuetudinario, dado que ratifican la costumbre en esos puntos. Tercero, la Jurisprudencia de la CIJ de la ONU, contiene tres clases de órdenes dirigidas a las partes: la obligación de negociar, la negociación debe ser significativa y, en la mayoría de los casos, fija condiciones a las cuales se deberá ajustar el contenido de la negociación.

Sobre el particular, un sector de la doctrina prevaleciente es del criterio que los precedentes jurisprudenciales “tomados en su conjunto, pueden constituir un elemento material de formación de una norma consuetudinaria” aunque “tomados individualmente no constituyen un método autónomo de creación de normas jurídicas generales en el derecho de gentes”.⁴⁰ Al margen de esta situación, puede afirmarse que el conjunto heterogéneo de normas de formación espontánea y a partir de la actuación de órganos competentes relativos a la negociación internacional y su validez respectiva, permiten concluir que estamos frente a un régimen jurídico propio en formación; en otras palabras, una suerte de proto-derecho internacional de la negociación.

3. *La negociación como obligación para la celebración de tratados internacionales*

La práctica estatal actual evidencia que la decisión de negociar que adoptan las partes reconoce varias fuentes: a) puede ser una invitación a negociar

⁴⁰ Julio A. Barberis, *Formación del derecho internacional*, Argentina, Editorial Abaco-Depalma, 1994, p. 220.

que una parte hace a una o más partes, característica de la mayoría de las negociaciones bilaterales o plurilaterales en el ámbito intergubernamental, interinstitucional, intersocietario o mixto; b) puede desarrollarse la iniciativa de entablar negociaciones en el seno de conferencias internacionales y en autoridades de organismos internacionales, por el conjunto o parte de sus miembros individuales; o bien, c) se puede consignar previamente en un tratado, contrato o acuerdo la voluntad de negociar.⁴¹

En los casos de negociaciones ligadas a actividades corrientes de conferencias e instituciones internacionales, y que ocurren habitualmente durante su transcurso, si bien no existe una decisión de tipo contractual formal, las partes actúan como si existiera. En otros casos, corresponden al cumplimiento de una decisión explícita adoptada por el órgano multilateral correspondiente.⁴² Por ejemplo, la regularidad y la aceptación generalizada de las reuniones informales del Consejo de Seguridad hacen de esta práctica un verdadero derecho consuetudinario, obligatorio para los Estados miembros del órgano, y cuya condición no varía por el hecho de que sus decisiones deban ser aprobadas subsiguientemente en sesión formal de dicho órgano o que participen ocasionalmente en las reuniones informales de Estados en conflicto.⁴³

Al respecto, algunos tratadistas como Paul Reuter,⁴⁴ consideran que en realidad no existe una obligación uniforme de negociar, pero que según las circunstancias y las concisiones dadas puede darse una obligación más o menos consistente, la cual para materializarse requerirá necesariamente un vínculo jurídico que la haga obligatoria. De este modo, la decisión de negociar es enteramente libre en el caso de dos gobiernos o de dos empresas de distintos países que convienen negociar sobre un asunto determinado,

⁴¹ Una de las características principales de la negociación internacional es que, por lo general, la determinación negociadora la adoptan normalmente las partes de común acuerdo, en ejercicio de su voluntad soberana. Se trata de decisiones que aquéllas se ven prácticamente obligadas a tomar, aunque se ha desatado un intenso debate desde el punto de vista jurídico respecto a si existe o no la obligación de negociar para las partes en conflicto.

⁴² Un ejemplo de las primeras es el que se realiza en reuniones informales casi cotidianas entre los miembros del Consejo de Seguridad de la ONU, previamente a las sesiones formales de dicho órgano. Entre las segundas cabe mencionar la Resolución 2065 (XX) de 1965 (NU, 1966) por la que la Asamblea General recomendó a la Argentina y al Reino Unido que celebraran negociaciones para resolver su disputa acerca de la soberanía en la cuestión sobre las Malvinas, y la Providencia (*Order*) adoptada por la CIJ en 1991 en la que recomendó a Dinamarca y Finlandia que solucionarían a través de negociaciones su disputa sobre el paso del estrecho de Gran Belt (CIJ, 1991).

⁴³ Véase a Estanislao A. Zawels, *Hacia un sistema de seguridad colectiva para el siglo XXI. El Consejo de Seguridad de la ONU en la década del 90*, Buenos Aires, ISEN-GELA, 2000, pp. 86 y ss.

⁴⁴ Paul Reuter, *Introducción al derecho de los tratados*, México, FCE/UNAM, 2004.

en tanto que la obligación aparece de manera evidente cuando las partes previamente han acordado negociar en un tratado o contrato o son requeridas a hacerlo por el órgano internacional competente que considera su disputa o diferendo.⁴⁵ Empero, es innegable que la obligación de celebrar finalmente un cierto acuerdo o tratado internacional, adquiere un carácter prácticamente imperativo cuando la negociación responde a la norma previamente acordada o acatada por las partes. En la negociación acordada de modo libre, como en la negociación comercial internacional, en cambio, la falta de acuerdo final no tiene en realidad la connotación jurídica que en las “negociaciones ligadas”, según la expresión de Paul Reuter. Aquí me refiero a “negociaciones ligadas a la obligación de negociar”, en tanto que existen también “negociaciones ligadas a las actividades de conferencias y órganos multilaterales”, que son las que celebran durante dichas reuniones y no tiene un carácter obligatorio para sus participantes sino ciertamente funcional.⁴⁶

⁴⁵ En su decisión arbitral sobre un caso de reclamaciones entre Grecia y la República Federal de Alemania emitida, el 26 de enero de 1972 (Naciones Unidas, 1990: XIX, 56), la CIJ expresa que un *pactum de negociando* tiene consecuencias legales, “significa que ambos lados harán un esfuerzo, de buena fe, para producir una solución mutuamente satisfactoria, por la vía de la transacción aun si ello significa el abandono de posiciones previamente adoptadas y muy fuertemente sostenidas... un comportamiento de negociar implica un entendimiento de tratar con la otra parte en vistas de llegar a un acuerdo”. Más adelante aclara: “...un acuerdo para negociar no comporta necesariamente la obligación de llegar a un acuerdo, pero sí que harán serios esfuerzos con tal fin”. En similares términos se pronuncia Manfred Lachs; y en opinión de Martin Rogoff, “la idea de los Estados se encuentran en obligación de negociar, al menos en situaciones en las que la extensión de sus derechos pueden ser únicamente definida con relación a los derechos de otros Estados, es una consecuencia pragmática y lógica de la independencia de los Estados en el mundo moderno y del reconocimiento general, por Estados, negociadores prácticos y estudiantes de las relaciones internacionales de tal independencia”. Consúltese a Manfred Lachs, “Internacional Law, Mediation and Negotiation”, en Arthur S. Lall, *Multilateral Negotiation and Mediation*, EEUU, Pergamon Press, 1977, pp. 95-183. También véase Martin Rogoff, “The obligation to negotiate”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, EEUU, 1994, pp. 141-185.

⁴⁶ La CIJ de la ONU en varios casos ha dictado fallos y emitido una opinión consultiva en los que ordena a las partes a negociar inclusive indicándoles qué elementos debían tener en cuenta en el proceso negociador, por ejemplo los relativos a: CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark)*; *(Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Fallo, 20 de febrero de 1969; CIJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Fondo, Fallo, 25 de julio de 1974; y la opinión consultiva sobre interpretación del acuerdo del 25 de marzo de 1951 entre la Organización Mundial de la Salud y Egipto, de diciembre 20 de 1980. En el caso más reciente, relativo al *paso por el estrecho de Gran Belt* (Finlandia c. Dinamarca) por providencia de julio 29 de 1991, la CIJ, sin llegar a completar el proceso contencioso, indica: “cualquier negociación entre las partes con miras a lograr una solución directa y amistosa será bienvenida” (Naciones Unidas, 1992).

Un tratado internacional, una vez formalizado por las firmas de las partes, obliga al cumplimiento de lo acordado pues ya es materia del derecho internacional, o del derecho nacional o sistema jurídico interno de los signatarios, y se substraer de las normas que rigieron el proceso negociador, a menos que una de las partes plantee la renegociación de determinadas disposiciones y excepcionalmente de la totalidad de lo acordado, en cuyo caso la cuestión se remite al ámbito del proceso negociador.

4. *La negociación como proceso independiente del Derecho Internacional y del Derecho de los Tratados: el papel de las reglas comunes*

El planteamiento de la negociación como proceso independiente del orden jurídico internacional sugiere al menos tres puntos básicos: 1) su objeto es la concertación de normas de comportamiento para las partes, que tendrán vigencia con posterioridad al ejercicio negociador; 2) comprende en la actualidad una amplísima variedad de temas y materiales; y 3) existe normalmente una muy estrecha vinculación entre los temas abordados con otros en el mismo proceso negociador y/o propios del contexto de tiempo y espacio en que se desenvuelve; por lo mismo, no siempre es posible establecer límites precisos entre los temas en general y su valor o influencia particular en la negociación, lo que está sujeto a apreciaciones generalmente subjetivas.

Ahora bien, según su contenido jurídico, las negociaciones internacionales pueden clasificarse generalmente en: a) las que tienen por finalidad la concertación de tratados multilaterales; b) las encaminadas a la construcción de normas determinadas y de carácter vinculante para las partes, en general bilaterales y plurilaterales (por ejemplo, tratados de paz, de fronteras, comerciales, cooperativos, o bien, contratos mercantiles, entre otros); y, c) las que están en la base de las normas de *soft law* contenidas en resoluciones, declaraciones y decisiones adoptadas por organismos y reuniones internacionales multilaterales.

Un segmento importante de la doctrina actual ha identificado claramente las limitaciones de las partes en la celebración de tratados, de tipo convencional y de *jus cogens*, las que son aplicables a la negociación internacional de la que precisamente surgen los tratados.

En cuanto al origen o fuente de las normas sustantivas debe destacarse a: i) los tratados y contratos internacionales respectivos; ii) las normas consagradas por la costumbre, algunas de ellas capaces de ser codificadas convencionalmente; iii) las normas de carácter funcional, generalmente de *soft law*

adoptadas en el seno de organizaciones y conferencias internacionales; *iv*) las normas de nuevo cuño adoptadas por las partes en respuesta a problemas y diferencias concretas; *v*) también, en ocasiones, códigos de conducta y modelos de leyes o leyes modelo,⁴⁷ (o los Manuales de Tratados como el presentado por la ONU en 2001). La satisfacción de intereses y objetivos de las partes a través de la regulación normativa de sus actividades postacuerdo es, en el fondo, el propósito y la razón misma de existir de la negociación internacional respectiva.

Por otra parte, respecto de la existencia de reglas comunes para el proceso negociador y los entes negociadores, una práctica constante y generalizada muestra que determinadas reglas relativas al desempeño de los actores de la negociación, así como al desarrollo de los procesos respectivos, son de aplicación corriente en la negociación internacional, sin que se considere que ello afecta la libertad y discrecionalidad con que aquéllos actúan. A guisa enunciativa y sin sugerir un orden jerárquico entre dichas reglas, se pueden mencionar las siguientes: 1) atenerse a lo pactado entre las partes; 2) negociar sobre la base de la buena fe; 3) lo que se acuerde no puede ser contrario al derecho internacional (y al derecho de los tratados); 4) utilización —como base o referencia de las normas que son jurídicamente obligatorias para los negociadores, contenidas en tratados, convenciones y contratos; y, 5) muy amplia utilización por los actores de distintos arreglos organizacionales y de procedimiento.⁴⁸

5. *Alcance de los principios de las Naciones Unidas
para enmarcar la negociación en el Derecho Internacional
y el Derecho de los Tratados*

Este asunto comenzó a cobrar importancia a raíz de un proyecto de “Principios Guía para las Negociaciones Internacionales” presentado por la Representación Permanente de Mongolia para su consideración por la Asamblea

⁴⁷ A la ley modelo se le conoce también como “Ley tipo” y no se trata en términos estrictos de un tratado o acuerdo internacional, pero tiene prácticamente los mismos fines y funciones, como un mecanismo de elaboración más expedito.

⁴⁸ Otras reglas serían: 6) rechazo de actitudes y comportamientos considerados ilícitos, como ser tentativas de corrupción y soborno, amenazas del uso de la fuerza, coacción, fraude, dolo, etc.; 7) fases de confrontación de posiciones y de diagnóstico, de fórmula y de detalles en el proceso negociador, combinadas según acuerden las partes; 8) tiempo de consulta por cada parte durante el proceso; y, 9) mantenimiento de la confidencialidad del proceso, a menos que los agentes de la negociación de común acuerdo decidan exteriorizarlo.

General de la ONU en el año de 1997, y transmitido al Grupo de Trabajo de la Década de las Naciones Unidas sobre el Derecho Internacional (GTDNU-DI), el cual dedicó la mayor parte del tiempo de sus reuniones a discutirlo. Posteriormente, fue presentado a la Sexta Comisión de la AG, recibiendo algunas modificaciones y, en su versión revisada, fue aprobado sin someterlo a votación y con la reserva de seis Estados participantes. Así, se llegó a su adopción en sesión plenaria de la AG del 8 de diciembre de 1998 por Resolución 53/101, con el título simple y directo de “Principios y Directrices para las Negociaciones Internacionales”.

Se trata de una resolución de carácter recomendatorio o de “derecho suave” que, por la importancia y oportunidad del tema, merecía una elaboración mucho más profunda y meticulosa; así como el consenso de los Estados miembros de la ONU. Hasta el momento, permanece con su contenido prácticamente igual, pero en la última década ha comenzado a ser motivo de referencia y análisis por los gobiernos interesados, y también en nuestros ámbitos académicos, principalmente en los espacios curriculares de las ciencias políticas y sociales, la economía, la filosofía y las humanidades.

El resolutivo se divide en dos secciones dispositivas. En la primera, reafirma una serie de “principios de derecho internacional que tienen importancia para las negociaciones internacionales”; incluyendo una serie de grandes líneas rectoras contenidas en la Carta de Naciones Unidas, un buen número de convenciones, tratados y declaraciones en una variedad de materias, consideradas prácticamente de *ius cogens* (principios imperativos de aceptación universal). La segunda sección afirma la necesidad de que las negociaciones se ajusten a las siete directrices que seguidamente enuncia, algunas de las cuales son inobjectables; por ejemplo, que las negociaciones se habrán de realizar de buena fe o bien que el propósito y el objeto de todas las negociaciones deberán ser plenamente compatibles con los principios y las normas del derecho internacional, incluidas las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas;⁴⁹ amén que los Estados están llamados a

⁴⁹ Manifiesta también que los “Estados deberían atenerse al marco mutuamente convenido para la realización de las negociaciones”, y que “los Estados deberían facilitar la realización o conclusión de las negociaciones manteniendo en todo momento centrada la intención en los objetivos principales de tales negociaciones”. Ambas directrices parecen en principio lógicas y razonables; empero, las circunstancias pueden variar durante el transcurso del proceso negociador y hacer necesario una modificación del marco, la ampliación del campo de la negociación, la intervención de un tercero, entre otras posibilidades, como ocurre en múltiples ocasiones. Esto es vital si se considera que los actores de la negociación deben contar con la necesaria flexibilidad en su accionar, pues a fin de cuentas lo esencial es el acomodamiento de sus intereses para el logro del entendimiento o acuerdo correspondiente.

procurar y mantener un ambiente constructivo durante las negociaciones y abstenerse de cualquier comportamiento que pudiera dificultar las mismas y sus avances.

Finalmente, se exhorta políticamente a los Estados para que hagan todo lo posible para seguir avanzando hacia una solución justa y mutuamente aceptable en caso de que se llegue a un punto muerto en las negociaciones. Esta anotación merece una reflexión en el sentido que los buenos negociadores se esforzarán en vistas a una solución que consideren justa y los satisfaga; sin embargo, las situaciones son muy variadas y un *impasse* o punto muerto en una negociación no debe ser considerado en todos los casos como negativo ya que constituye algo propio y puede representar sólo un punto de inflexión en un proceso negociador destinado a proseguir y concluir. Este punto es particularmente relevante tratándose de la concertación de tratados, convenios y convenciones internacionales de naturaleza y contenidos complejos, tal y como ocurrió durante y al final de las intrincadas negociaciones del Estatuto de Roma que estableció la Corte Penal Internacional en 1998.⁵⁰

VI. REFLEXIONES FINALES

Es relevante reflexionar en torno a la negociación de los tratados como campo disciplinario del derecho internacional a partir de la pregunta tópica: ¿regulación, desregulación relativa, costumbre o régimen jurídico propio en formación? Para intentar su elucidación comencé por afirmar que la negociación dinámica de tratados y acuerdos bilaterales y multilaterales, requiere salir del estricto nivel de la concertación política esencialmente desregulada, para situarse en el plano de la concordancia de voluntades bajo el dominio del derecho internacional general. Es decir, que no obstante la negociación es en esencia un proceso político y de libre ejercicio, no se justifica que continúe desplegándose, en lo grueso del proceso, al margen de un marco regulatorio común o de un *corpus* de reglas específicas que brinden un mínimo de certeza jurídica a las entidades negociadoras.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, se requiere, entre otras cuestiones, demostrar la necesidad de que la negociación internacional se someta a una regulación convencional internacional, o bien, que por el contrario, se mantenga en su actual evolución progresiva donde la comunidad

⁵⁰ Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (comps.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Colombia, Universidad del Externado, 1999. También véase Augusto J. Ibáñez Guzmán, *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Colombia, Universidad del Externado, 2003.

de Estados dispone de bases normativas y empíricas suficientes para establecer un derecho propio de la negociación internacional e identificar su vinculación particular con el derecho convencional o de los tratados. Por ello, y a fin de contar con una visión integral del problema, se planteó la necesidad de conocer cómo se da y qué consecuencias tiene hoy día la relación *negociación internacional-derecho internacional*, más allá de la condición de la primera como medio por antonomasia para el ajuste de intereses y la solución pacífica de controversias.

Hay convencimiento pleno de mi parte de que, para determinar la existencia formal de un sistema normativo de la actividad negociadora internacional, se deben determinar las bases normativas sobre las que se puede construir un marco regulatorio propio en la materia; y que, advirtiendo que la negociación internacional es utilizada tanto en la esfera intergubernamental como en la no gubernamental, tocando los ámbitos del derecho internacional *público y privado*, es innegable que la naturaleza de los sujetos-actores, los derechos y obligaciones en juego, intereses, circunstancias, culturas, modelos y sistemas jurídico-políticos, difieren considerablemente.

A pesar de que la práctica internacional no lo ha consignado con precisión, la negociación no es un fin en sí mismo, sino tan solo un instrumento del que se puede disponer para conciliar intereses en ocasiones contradictorios y que puede conducir a una decisión en la que todas las partes reciban por lo menos satisfacción parcial de sus intereses, tanto como a una que precisa y consolida una injusticia o una distorsión en la que una de las partes impone su posición de dominio sin importar la lesión de su contraparte.

De ahí que la actuación de los negociadores y el mismo proceso negociador no tienen lugar en el vacío sino que están vinculados, en mayor o menor medida, según sea el caso, a distintos sistemas normativos existentes, los cuales aparecen de manera explícita en la etapa preparatoria, durante el desarrollo del tratamiento y la conducción estratégica, así como también después de su conclusión con relación a la implantación de lo acordado. De hecho, siempre va a haber un cierto “condicionamiento jurídico externo” de todo proceso negociador y del accionar de las partes, pudiendo sostenerse con razón que el derecho es la tercera parte implícita.

Al interior de su orden jurídico referencial, los negociadores gozan prácticamente de la más amplia autonomía y libertad para encarar y resolver los temas sustantivos y las cuestiones procedimentales, como algo propio y tácito en la naturaleza de la negociación en que se mueven, lo que hace que sea muy posible que de una negociación surjan cambios y ajustes de normas preexistentes y la creación de nuevas normas de distinta categoría.

La sociedad global de nuestro tiempo asiste a una gran proliferación, vertical y horizontal, de la negociación internacional y la práctica negociadora, de tal suerte que se ha constituido una especie de “cultura de la negociación internacional” propia de los sujetos que actúan en este ámbito; lo cual significa que los negociadores de distintos países u organizaciones internacionales, sin perjuicio de los intereses y objetivos que deben satisfacer, comportan ciertos valores relacionados con la negociación internacional, aproximaciones para encararla, metodología procedimental y hasta un vocabulario básico común que conforman dicha cultura, configurándose así el uso y difusión de una serie de reglas y prácticas consuetudinarias que constituyen, sin duda alguna, una importante costumbre internacional en la materia.

Finalmente, considero que hay bases para afirmar que: 1) las normas existentes en la actualidad con respecto a la negociación internacional corresponden claramente a una construcción jurídica, sistemática aunque heterogénea, cerrada y particular del proceso, con la particularidad de estar todavía incompleta y en evolución progresiva; 2) el marco regulatorio internacional propio de la negociación, en construcción, y el derecho de los tratados, en plenitud convencional y doctrinal, están llamados a relacionarse cada vez con más fuerza en el escenario complejo de las relaciones internacionales; 3) las reglas y prácticas procesales, así como las normas genéricas contenidas en decisiones de la Corte Internacional de Justicia y resoluciones de otros órganos internacionales competentes, podrían ser objeto de una convención internacional obligatoria; 4) hay una práctica importante y un derecho consuetudinario creciente en el rubro; y, 5) en cuanto a las directrices, como las propuestas en resolución 53/101 de la Asamblea General de la ONU, requerirán una gran suma de esfuerzos y voluntades en su elaboración y la búsqueda de probados consensos, con miras a la adopción futura de una convención internacional jurídicamente vinculante.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

AMBOS, Kai y Oscar Julián GUERRERO (comps.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Colombia, Universidad del Externado, 1999.

BARBERIS, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Argentina, Editorial Abaco-Depalma, 1994.

- BELTRAMINO, Juan Carlos, “¿Hacia un derecho de la negociación internacional?”, en *Estudios de derecho internacional*, t. II, Argentina, Editorial Córdoba, 2003.
- CLAVEL, Jean-Daniel, *La negociación diplomática multilateral*, México, FCE, 1994.
- FOWLER, Alan, *Effective Negotiation*, Reino Unido, Institute of Personnel Management, 1986.
- GOTTLIEB, Gidon A. G., “Global bargaining: the legal and diplomatic framework”, en Richard FALK *et al.*, *International Law. A contemporary perspective*, Londres, Westview Press, 1985.
- GUERRERO VERDEJO, Sergio, *Introducción al estudio de la negociación internacional*, México, Porrúa/Universidad Anáhuac del Sur, 2005.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *Derecho Internacional Público*, España, Trotta, 1995.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J., *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Colombia, Universidad del Externado, 2003.
- IKLE, Fred Charles, *How nations negotiate*, EEUU, Harper & Row Publishers, 1964.
- KATZENBACH, Nicholas de B. y Morton A. KAPLAN, *Fundamentos políticos del derecho internacional*, México, Limusa-Wiley, 1965.
- LACHS, Manfred, “Internacional Law, Mediation and Negotiation”, en Arthur S. LALL, *Multilateral Negotiation and Mediation*, EEUU, Pergamon Press, 1977.
- LIEBRE, Pierre, *El arte de la negociación*, España, Ediciones CEAC, 1990.
- MÉNDEZ VALL, José, *Renegociación de los tratados imprevista y onerosamente injustos*, Paraguay, Editora Intercontinental, 2003.
- MORALES DOMÍNGUEZ, Rebeca, *Los tratados de libre comercio en el derecho internacional. Balance y perspectivas del Acuerdo de Asociación Económica México-Japón*, México, FCPS-UNAM, 2010.
- NIEREMBERG, Gerard I., *Fundamentals of negotiating*, EEUU, Hawthorn Books, 1973.
- NIEREMBERG, Gerard I., *The art of negotiation*, Nueva York, Cornestone Library, 1981.
- PARRY, Clive, “Derecho de los Tratados”, en Max SORENSEN (ed.), *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1998.
- RAIFFA, Howard, *El arte y la ciencia de la negociación*, México, FCE, 1991.
- REMIRO BROTONS, Antonio *et al.*, *Derecho Internacional. Tratados y otros documentos*, España, McGraw Hill, 2001.

- REUTER, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, México, FCE/UNAM, 2004.
- ROUSSEAU, Charles, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1975.
- RUIZ SÁNCHEZ, Lucía Irene, *Las Negociaciones Internacionales*, México, FCPS-UNAM/SRE, 1995.
- SALACUSE, Jeswald W., *Transacciones internacionales. Los negocios en el mercado mundial*, España, Gedisa, 1993.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 2004.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *Estudios avanzados de derecho internacional público en ciencias políticas y sociales*, México, FCPS-UNAM, 2008.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, FCPS-UNAM, 2011.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, España, Aguilar, 1975.
- ZAWELS, Estanislao, A., *Hacia un sistema de seguridad colectiva para el siglo XXI. El Consejo de Seguridad de la ONU en la década del 90*, Buenos Aires, ISEN-GELA, 2000.

2. Artículos

- RODRÍGUEZ, Abilio, “Impacto de la cultura en los negocios internacionales, un énfasis en los negocios con México”, *Daena: International Journal of Good Conscience*, vol. 2, núm. 2, México, abril-septiembre de 2007.
- ROGOFF, Martin, “The obligation to negotiate”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, EEUU, 1994.

EL RÉGIMEN DE RESERVAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS ENTRE ESTADOS DE 1969

Gabriela RODRÍGUEZ HUERTA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El régimen de reservas previo a 1969: desde la doctrina de la unanimidad hasta la Opinión consultiva relativa a las reservas a la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio del 28 de mayo de 1951*. III. *El régimen de reservas establecido por la CVDT*. IV. *Cincuenta años desde la CVDT*. V. *Conclusión*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de los tratados internacionales como fuente de derecho internacional es innegable; son centrales en la materia, pues representan la manera principal en la que los Estados se obligan en el ámbito internacional. Una de las razones por la que esto es así es que mediante los tratados los Estados pueden elegir cómo se comprometen.

En efecto, esta versatilidad de los tratados internacionales no sólo se refiere a la participación que tienen los Estados en el diseño de los preceptos normativos que quedarán enmarcados en un instrumento mediante la adopción del texto y su autenticación. La flexibilidad también se presenta en un momento posterior: cuando finalmente se consiente en ser parte de un tratado. Lo último, en gran medida, derivado de las manifestaciones que los contratantes pueden hacer al firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a estos instrumentos.

Entre éstas, las reservas son las manifestaciones que han causado mayores cuestionamientos teóricos y prácticos. Por reserva, en términos generales, entendemos:

Una declaración unilateral realizada por un Estado o una organización internacional, al firmar, ratificar, acceder o de alguna manera manifestar su

consentimiento para vincularse por un acuerdo internacional, con el fin de excluir o modificar los efectos legales de ciertas disposiciones del acuerdo, en su aplicación a ese Estado u organización.¹

De lo anterior, se extrae que el objetivo de un Estado, al formular una reserva, es ejercer una clase de control sobre los efectos jurídicos que un tratado irradiará hacia el orden interno o en sus relaciones con otros Estados, al excluir o matizar ciertas obligaciones internacionales que se desprenden del texto del instrumento en cuestión.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT) representa un esfuerzo excepcional por formular un régimen convencional que dispusiera las reglas generales aplicables a la formulación de reservas. La convención nace, como discutiremos en el presente artículo, en el marco de un debate sobre cuál era la práctica predominante en ese momento, y si aquella era la más conveniente a la luz de las condiciones en el orden internacional. Este artículo, a su vez, pretende problematizar ese mismo cuestionamiento, pero con motivo del quincuagésimo aniversario de la CVDT: ¿qué ha sucedido con el régimen de reservas a partir de entonces? El objetivo principal es explorar cómo ha evolucionado la práctica en torno a las reservas y las otras manifestaciones que se pueden hacer al amparo de un tratado.

Para ello, el artículo discutirá: *i*) cuál era el régimen aplicable a las reservas previo a la CVDT; *ii*) el régimen de reservas, según quedó consagrado en la misma; y, *iii*) qué ha sucedido desde entonces, con énfasis particular en el Manual de Tratados emitido por las Naciones Unidas y la Guía sobre la práctica a las Reservas de los Tratados.

II. EL RÉGIMEN DE RESERVAS PREVIO A 1969: DESDE LA DOCTRINA DE LA UNANIMIDAD HASTA LA OPINIÓN CONSULTIVA RELATIVA A LAS RESERVAS A LA CONVENCIÓN PARA PREVENIR Y SANCIONAR EL DELITO DE GENOCIDIO DEL 28 DE MAYO DE 1951

El régimen de la CVDT fue precedido por distintas posturas sobre las reservas a los tratados internacionales. En definitiva, un parteaguas fue la Opi-

¹ Richard W. Edwards Jr., “Reservations to Treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 2, núm. 10, 1989, p. 363. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1730&context=mjil>.

nión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a las reservas a la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio del 28 de mayo de 1951. Sin embargo, previo a este pronunciamiento y hasta la Segunda Guerra Mundial, la regla principal en relación con las reservas seguía la doctrina de la unanimidad. En virtud de esta doctrina, todos los Estados contratantes debían aceptar una reserva para que el Estado reservante pudiera ser considerado parte del tratado. Como señala Pellet, esta es una regla que preservaba la integridad del tratado.²

Los Estados europeos eran los principales partidarios de esta doctrina, lo cual para algunos autores explica su prevalencia en el escenario internacional.³ Cabe resaltar que la práctica inicial del secretario general de las Naciones Unidas, como depositario de la Carta constitutiva de esta organización internacional, se rigió por la unanimidad.⁴ Así, si recibía un instrumento de firma, ratificación o adhesión que contuviera una reserva, lo notificaba entre los demás Estados relevantes; el Estado reservante no se consideraba parte del tratado sino hasta que tuviera el consentimiento del resto.

No obstante, paralelo a la regla de la unanimidad, en el bloque interamericano la práctica en torno a las reservas era más flexible, y se denominó como “la regla Panamericana”. Esta regla tiene su origen en la Convención sobre Tratados adoptada en la Habana el 20 de febrero de 1928, que establece lo siguiente:

Artículo 6o. La ratificación debe ser otorgada sin condiciones y comprender todo el Tratado. Será hecha por escrito, de conformidad con la legislación del Estado.

Si el Estado que ratifica hace reservas al Tratado, éste entrará en vigor desde que informada de estas reservas, la otra parte contratante las aceptare expresamente o no habiéndolas rechazado formalmente ejecutare actos que impliquen su aceptación.

En los Tratados internacionales celebrados entre diversos Estados, la reserva hecha por uno de ellos en el acto de la ratificación, sólo afecta a la aplicación de la cláusula respectiva, en las relaciones de los demás Estados contratantes con el Estado que hace la reserva.

² Alain Pellet, “Article 19. Formulation of Reservations”, en Oliver Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, vol. 1, Oxford University Press, 2011, p. 410.

³ Francesco Parisi y Catherine Sevcenko, “Treaty Reservations and the Economics of Article 21(1) of the Vienna Convention”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, núm. 1, 2003, p. 3.

⁴ Tania Gabriela Rodríguez Huerta, *Tratados sobre derechos humanos el sistema de reservas*, México, Porrúa/ITAM, 2005, pp. 11-12.

Artículo 7o. La falta de ratificación o la reserva, son actos inherentes a la soberanía nacional, y como tales, constituyen el ejercicio de un derecho que no viola ninguna disposición o buena forma internacional. En caso de negativa, ésta será comunicada a los otros contratantes.

Así, la convención clasificó la formulación de reservas como una potestad soberana de los Estados, y señaló que esta acción *per se* no es contraria a la “buena forma internacional”. En ese sentido, un Estado se podía considerar como parte de un tratado si formulaba una reserva y otra parte la aceptaba expresa o tácitamente, sin establecer la necesidad de contar con el consentimiento de todos los Estados contratantes o partes. El artículo 6 también señala que en los tratados multilaterales el efecto de aceptar una reserva sólo impactaría en la aplicación de la cláusula sobre la cual se formula.

Sin lugar a dudas, la redacción de la Convención citada es ambigua e incompleta; por ejemplo, si somos estrictos podemos advertir que la consecuencia jurídica de objetar una reserva se desprende de inferencias interpretativas y no del texto explícito del instrumento. A pesar de ello, el instrumento americano representó una alternativa viable a la regla de la unanimidad. El resultado sería el fenómeno conocido como la “bilateralización” de las relaciones multilaterales, pues al amparo de un mismo instrumento multilateral, la relación entre los Estados dependería, entre otras cosas, de: *i*) si se formularon reservas; *ii*) si se aceptaron u objetaron, y en este último caso; y, *iii*) de la consecuencia de la objeción.

Ahora bien, mediante la Resolución 478 (V) emitida el 16 de noviembre de 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la Corte Internacional de Justicia una opinión sobre una serie de cuestionamientos en relación con las reservas y objeciones que se habían formulado, tratándose de la ratificación de la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio de 1948. En resumen, la Asamblea General buscaba conocer cuál es el estatus jurídico de un Estado que formuló una reserva al ratificar la Convención, si su reserva había sido objetada por otros Estados. En esa misma resolución, en términos generales, invitó a la Comisión de Derecho Internacional a dar su opinión sobre el tema.⁵

Al responder a la serie de preguntas formuladas por la Asamblea General, la Corte Internacional de Justicia hizo una serie de pronunciamientos relevantes en su Opinión consultiva de fecha 28 de mayo de 1951:

⁵ Resolución 478 (V) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de noviembre de 1950, párrafos 1 y 2.

- a) En primer lugar, delimitó su respuesta a la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio.⁶
- b) Estableció que, como los Estados no pueden ser vinculados sin su consentimiento, las reservas no pueden surtir efectos contra un Estado sin que éste lo acepte.⁷
- c) Las condiciones en las que se celebró la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio podían llevar a concluir que procedía una aplicación más flexible sobre el régimen de reservas; la participación extensiva en tratados multilaterales daba pie a una práctica menos estricta al respecto.⁸
- d) El objeto y fin de la Convención de Genocidio revelaba que se buscaba lograr la mayor participación estatal posible. En ese sentido, la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin de la convención sería el criterio rector tanto para formular, como para objetar reservas: era el límite al principio de la soberanía para formular reservas.⁹
- e) La regla de la unanimidad no era aplicable, pues a la luz de las condiciones en las que se celebró la convención en cuestión, existía evidencia de que los contratantes querían apartarse de ésta; la mayoría de la Corte tampoco consideró que la regla de la unanimidad fuera una regla de derecho internacional.¹⁰
- f) A la luz del criterio de objeto y fin, cada Estado, individualmente, tenía facultades para considerar al Estado reservante parte o no de la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio. También podría presentarse la situación en la que un Estado objetara la reserva sin considerarla contraria al objeto y fin de la convención, por lo que el tratado entraría en vigor entre ellos, sin que se aplicaran las cláusulas afectadas por la reserva.¹¹

La Comisión de Derecho Internacional disintió de la opinión de la Corte Internacional de Justicia; abogaba por la regla de la unanimidad.¹²

En última instancia, el 12 de enero de 1952, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 598 (VI) solicitó al secretario general

⁶ Corte Internacional de Justicia, *Reservations to the Convention on Genocide*, Opinión consultiva, Reportes 1951, p. 20.

⁷ *Ibidem*, p. 21.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, p. 24.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 24-25.

¹¹ *Ibidem*, p. 27.

¹² Rodríguez Huerta, *op. cit.*, pp. 23-24.

seguir la práctica definida por la Corte Internacional de Justicia en relación con la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio. Además, para lo futuro, estableció que éste debería notificar todo lo relativo a las reservas a los Estados involucrados, y los mismos determinarían las consecuencias legales de dichas comunicaciones.¹³

A continuación, estudiaremos el impacto de estos antecedentes en la adopción de la CVDT.

III. EL RÉGIMEN DE RESERVAS ESTABLECIDO POR LA CVDT

En la primera sesión de la Comisión de Derecho Internacional, por la importancia de la materia, se decidió comenzar con trabajos de codificación del Derecho de los Tratados; además se designó a James L. Brierly como el primer relator sobre el tema.¹⁴ Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice y Humphrey Waldock, sucesivamente, también ejercieron esta función. Los informes de los relatores, en conjunto con las observaciones de los Estados y demás documentos apoyaron a la Comisión en su esfuerzo por lograr una codificación satisfactoria.¹⁵

Esta sección pretende comentar el contenido de los artículos y esbozar el procedimiento de reservas que finalmente quedó consagrado en la Convención de Viena. Por lo tanto, para comenzar, brevemente resaltaremos las posturas de cada uno de los relatores en relación con su propuesta relativa al régimen de reservas aplicable a los tratados internacionales (tabla 1).

Así pues, al final, el régimen de reservas que se adoptó en la CVDT, fue uno flexible; se abandonó la regla de la unanimidad (con una notable excepción). En efecto, en el Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados de 1966, la Comisión estableció que el “principio de ‘compatibilidad con el objeto y fin de un tratado’ es uno adecuado para adoptarse como criterio general de legitimidad de las reservas a los tratados multilaterales y sus objeciones”.¹⁶ También, exhortó a que “no se sobreestimara el efecto perjudicial de las reservas a la integridad del tratado”.¹⁷

¹³ Resolución 598 (VI) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de enero de 1952, párrafo 3.

¹⁴ *Ibidem*, párrafos 19-21.

¹⁵ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Naciones Unidas, 2008, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt_ph_s.pdf.

¹⁶ Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados de 1966, p. 205, párrafo 10.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 12.

Tabla 1

Brierly	En su primer reporte, el artículo 10 (4) relativo al régimen de reservas reflejaba la regla de la unanimidad, salvo un pacto en contrario. El relator explicó que, bajo su apreciación, esta regla codificaba la práctica actual.*
Lauterpacht	En su primer reporte, presentó una serie de propuestas relativas al régimen de reservas. El favoreció a una propuesta principal que abogaba por la regla de la unanimidad. Sin embargo, la serie de alternativas que presentaba era bajo el reconocimiento de que no existía una práctica generalizada al respecto que vinculara a la Comisión a constreñir su proyecto en algún sentido.**
Fitzmaurice	En su primer reporte presentó una propuesta que matizaba la regla de la unanimidad, de tal suerte que se permitiera mayor margen de maniobra a los Estados.***
Waldock	En su primer reporte, propuso un sistema flexible en relación con las reservas, abandonando la regla de la unanimidad. Señaló que “en los tiempos presentes de cambio y desafíos a los conceptos tradicionales, la regla que promueva la aceptación más amplia de cualquier nivel de común acuerdo logrado y expresado en un tratado multilateral, puede ser la mejor para satisfacer las necesidades inmediatas de la comunidad internacional”.****

* *Reporte sobre el Derecho de los Tratados por J.L. Brierly, Relator Especial*, Extracto del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1950, vol. II, Documento A/CN.4/23, párrafos 96-100, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_23.pdf.

** *Reporte sobre el Derecho de los Tratados por H. Lauterpacht, Relator Especial*, Extracto del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1953, vol. II, Documento A/CN.4/63, pp. 123-136, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_63.pdf; *Segundo reporte sobre el Derecho de los Tratados por H. Lauterpacht, Relator Especial*, Extracto del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1954, vol. II, Documento A/CN.4/87 and Corr.1, pp. 131-133. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_87.pdf.

*** *Reporte sobre el Derecho de los Tratados por G.G. Fitzmaurice*, Extracto del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956, vol. II, Documento A/CN.4/101, párrs. 92-98-100, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_101.pdf.

**** Traducción del texto auténtico: “There may also perhaps be some justification for the view that, in the present era of change and of challenge to traditional concepts, the rule calculated to promote the widest possible acceptance of whatever measure of common agreement can be achieved and expressed in a multilateral treaty may be the one most suited to the immediate needs of the international community.”. *Primer reporte del Derecho de los Tratados por Humphrey Waldock*, Extracto del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1962, vol. II, Documento, A/CN.4/144 and Add.1, p. 65, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_144.pdf.

Este régimen quedó consagrado en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena; sección que diversos autores han clasificado como la más importante y compleja de la convención.¹⁸ De inicio, es fundamental recuperar el contenido del artículo 2, inciso d, pues para efectos de la Convención de Viena, por reserva se entenderá “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. De la definición cabe resaltar que una reserva: a) es una declaración unilateral; b) es independiente de su denominación; mientras, c) excluya o modifique los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado. En efecto, de los comentarios contenidos en el Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados de 1966, se desprende que la necesidad de una definición del concepto radica en distinguir las reservas de otro tipo de declaraciones que no impactan los efectos jurídicos del tratado.

Ahora bien, en concreto, los artículos 19 y 20 de la Convención de Viena se refieren a la formulación, aceptación y objeción de reservas; el artículo 21 regula los efectos jurídicos de las reservas y sus objeciones; el artículo 22 dispone lo conducente sobre el retiro de reservas y sus objeciones, y, finalmente, el artículo 23 establece el procedimiento relativo a la formulación de reservas.

En términos del Proyecto de Artículos recién citado, los artículos 19 y 20 (originalmente indicados como 16 y 17) deben interpretarse en conjunto. El artículo 19 de la CVDT reitera el momento en el que se deben formular las reservas —definido inicialmente desde el artículo 2 de la Convención—, a saber “en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo”. Este artículo procede a definir cuáles reservas están prohibidas bajo la Convención de Viena:

- a) Las que estén expresamente prohibidas por el tratado.
- b) Las que no figuren entre las reservas que el tratado disponga que pueden formularse.
- c) Las que, en los casos no previstos anteriormente, sean incompatibles con el objeto y fin del tratado.

En ese sentido, el artículo 19 de la CVDT reconoce la prerrogativa soberana de los Estados a formular reservas; en otras palabras, el “derecho a formular

¹⁸ Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill, 2008, p. 352; Jan Klabbers, *International Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 48.

reservas”.¹⁹ Esta mecánica es congruente con la lógica de operación de los tratados: permitir a los Estados elegir la forma en la que se obligarán. Del precepto es interesante advertir cómo el inciso c funciona como especie de cláusula residual. Lo anterior, pues aún si una reserva no actualiza los supuestos previstos en los incisos a y b del artículo 19, aún está sujeta al examen de compatibilidad con el objeto y fin. Lo cual se articula interpretativamente con el contenido del artículo 20.

Este artículo prevé ciertas reglas específicas sobre la aceptación y objeción de reservas, a saber:

- a) Si la reserva está expresamente autorizada por el tratado, no requiere aceptación posterior de los demás contratantes, salvo que el tratado disponga otra cosa.
- b) Si de un tratado celebrado entre un número reducido de Estados se desprende 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.
- c) Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.

El inciso b constituye una excepción a la regla general de aceptación, puesto que, en los tratados celebrados entre un número reducido de Estados, y de cuyo objeto y fin se desprenda que es necesaria la aplicación del instrumento en su integridad, para que un Estado reservante se considere parte del tratado, la reserva requiere de la aceptación de todas las partes. Como se discutió, esto es un vestigio de la regla de unanimidad aplicada a las reservas.

A su vez, el párrafo 4 del artículo 20 prevé las reglas generales de aceptación —sujeto a que los tratados dispongan algo distinto—, de manera textual:

- 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 sí el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados.

¹⁹ Rodríguez Huerta, *op. cit.*, p. 29.

- 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.

Al respecto, vale resaltar las dos posibilidades en relación con las objeciones. Un Estado puede objetar la reserva de otro, simplemente, o puede objetarla y adicionalmente, manifestar sin lugar a dudas que su intención es que el tratado no entre en vigor entre el Estado que formula la reserva y el objetante. El que esta posibilidad requiera de exigencias adicionales refleja que, de entrada, lo que se pretende es lograr que el mayor número de Estados se vincule por el tratado.

En este punto, es relevante comentar que, en la práctica, ha surgido la interrogante sobre la relación entre las reservas prohibidas y la aceptación. Sin embargo, ésta quedó resuelta por la *Guía sobre la Práctica de las Reservas de los Tratados*—y sobre la cual se profundizará posteriormente—. En el punto 4.5.2 de la guía, se establece que la nulidad de una reserva no depende de la aceptación u objeción de otros Estados; aunque exhorta a los Estados a objetar las reservas que consideren inválidas.²⁰ El exhorto es conveniente, pues como señala Villiger, en el supuesto previsto en el artículo 19c, la valoración de la permisibilidad de la reserva a la luz del objeto y fin del tratado puede arrojar posturas encontradas.²¹ Así pues, aunque la aceptación no es constitutiva de la validez de las reservas, al ser los Estados los primeros sujetos encargados con el control de un tratado, parece ser una acción necesaria.

¿Cuál es la forma en la que se debe realizar la aceptación de una reserva? La regla general, en términos del párrafo 5 del artículo 20, es la aceptación tácita —mediante la no formulación de objeciones—, en un plazo de 12 meses después de la notificación de la reserva o en la fecha en que un Estado haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado.

Una vez formulada la reserva permitida, con su consecuente aceptación u objeción por el resto de los Estados parte de un tratado, es necesario recuperar el artículo 21 de la Convención, que regula los efectos jurídicos de la reserva. En ese sentido, una reserva modifica las relaciones entre el Estado reservante y el aceptante de una manera recíproca; dicho de otra manera,

²⁰ *Guía sobre la Práctica de las Reservas de los Tratados*, Naciones Unidas, 2011, punto 4.5.2.

²¹ Villiger, *op. cit.*, p. 288.

el reservante no se puede beneficiar por la reserva. Además, conforme al principio de *res inter alios acta*, la reserva no afecta la relación entre las otras partes del tratado. Lo mismo sucede con las objeciones que no impidan la entrada en vigor de un tratado entre dos Estados. La diferencia radica en que mientras en la primera situación existe un acuerdo “contractual” subyacente, en el caso de las objeciones no existe una relación entre los Estados por lo que respecta a los artículos relevantes.²²

Ahora bien, el artículo 22 de la Convención de Viena prevé que las reservas podrán ser retiradas en cualquier momento sin necesidad del consentimiento de los Estados aceptantes. Ello obedece al intento de preservar la integridad de los tratados. Las objeciones también podrán ser retiradas en cualquier momento. Tanto el retiro de las reservas como el retiro de las objeciones surten efectos a partir de su notificación a los Estados relevantes. De nuevo, no se debe perder de vista que las reglas aplican solamente si el tratado en cuestión no establece reglas distintas.

Finalmente, el procedimiento de reservas se define en el artículo 23 de la Convención de Viena. Tanto la formulación y retiro de una reserva, así como la aceptación expresa y la formulación y retiro de objeciones deberá ser por escrito; cuestión que deberá comunicarse a los Estados involucrados. Si un tratado está sujeto a ratificación, aceptación o aprobación posterior, una reserva formulada en el momento de la firma deberá ser confirmada formalmente al obligarse por el tratado; esto no es necesario para la aceptación expresa y las objeciones.

Cabe resaltar que, en términos del artículo 24 de la Convención, ciertas disposiciones del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción del texto. Entre ellas, se enuncian explícitamente las relativas a las reservas.

IV. CINCUENTA AÑOS DESDE LA CVDT

La CVDT se convirtió en la piedra angular de la materia. En efecto, al abordar el tema de reservas en el Caso concerniente a las Acciones Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua v. Honduras), en 1988, la Corte Internacional de Justicia estableció que, a falta de disposiciones procesales específicas sobre reservas, aplicaría el derecho internacional general codificado en la Convención de Viena de 1969.²³

²² *Ibidem*, p. 303.

²³ “In the absence of special procedural provisions those reservations may, in accordance with the rules of general international law on the point as codified by the 1969 Vienna

No obstante, si bien es importante la clasificación de este régimen como derecho consuetudinario, el razonamiento de la Corte resaltó otro punto importante: la convención tiene una naturaleza subsidiaria. Dicho de otra manera, en los tratados que celebren, los Estados son libres de pactar términos distintos a los de la Convención de Viena; ésta sólo aplicará en su defecto. Como consecuencia inevitable, esta naturaleza fomentará cambios y desarrollos en la práctica de los Estados, que a la fecha se ha manifestado como un surgimiento de distintas clases de declaraciones al amparo de un tratado. Esta diversificación supone un desafío para la vigencia funcional de la Convención de Viena de 1969, cuyo objetivo era codificar la costumbre vigente en un tiempo determinado.

En esta línea argumentativa, como menciona Pellet, los artículos 19 a 23 de la CVDT “resultaron de un compromiso no balanceado, resolvieron imperfectamente los problemas que presentaba uno de los ámbitos más controversiales del derecho de los tratados”.²⁴ La “imperfección” ha generado la necesidad de precisiones posteriores. Esto se ilustra, por ejemplo, cuando al resolver sobre la admisibilidad del Caso de Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos de América), la Corte Internacional de Justicia determinó que el principio de reciprocidad, que sí era aplicable a las reservas, no lo era a las condiciones impuestas a un reconocimiento de competencia temporal:

La noción de reciprocidad concierne al alcance y sustancia de las obligaciones asumidas, incluyendo las reservas, pero no a las condiciones formales de su creación, duración y extinción. Es claro que la reciprocidad no puede ser invocada para justificar un desvío de los términos de una declaración formulada por un Estado, sin importar su alcance, limitaciones o condiciones.²⁵

La cita representa un ejemplo de declaraciones distintas a reservas, cuyo régimen jurídico no es definido por la Convención de Viena, y, por lo tanto, sujeto a definición y precisión por pronunciamientos jurisdiccionales.

Convention on the Law of Treaties, be made only at the time of signature or ratification of the Pact or at the time of adhesion to that instrument”. Corte Internacional de Justicia, *Caso concerniente a las Acciones Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua v. Honduras)*, 1988, p. 85.

²⁴ Pellet, *op. cit.*, p. 409.

²⁵ “The notion of reciprocity is concerned with the scope and substance of the commitments entered into, including reservations, and not with the formal conditions of their creation, duration or extinction. It appears clearly that reciprocity cannot be invoked in order to excuse departure from the terms of a State’s own declaration, whatever its scope, limitations or conditions”. Corte Internacional de Justicia, *Caso de Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*, 1984, p. 419.

En efecto, la CVDT ha sido sujeta a interpretaciones posteriores. Un ejemplo es el *Manual de Tratados*.²⁶ Entre sus objetivos, estaba examinar “los aspectos y prácticas de los tratados” desarrolladas por el secretario general en su calidad de depositario, y fomentar la participación de los Estados en tratados multilaterales.

En la sección 3.5, destinada a las reservas, hizo un análisis de los términos de la Convención de Viena de 1969, complementado por la práctica subsecuente. En algunos casos, la práctica se apartaba de los términos del tratado, y en otros surgía como una respuesta a las lagunas de ese instrumento. Sirve para ilustrar lo expuesto las consideraciones sobre el momento para formular reservas.

De acuerdo con los artículos 2 y 19 de la Convención de Viena, una reserva se debe hacer en el momento de firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Sin embargo, el secretario general, en funciones de depositario, ha aceptado “reservas tardías”. Su práctica en relación con las reservas tardías sigue la regla de la unanimidad: se distribuyen entre todos los Estados interesados, y sólo las acepta en depósito si nadie las objeta en un periodo de 12 meses.²⁷

Por otro lado, según lo que se explicó anteriormente, la Convención de Viena permite el retiro de reservas, pero no una modificación extensiva. Esto es, *prima facie*, no está permitido alterar los términos de la reserva tal que el efecto sea ampliar la exclusión convencional inicial. Este mecanismo tiene lógica: lo que se busca lograr, gradualmente, es una aceptación integral de los términos de un tratado, no lo contrario. No obstante, en la práctica del secretario general, si un Estado hace una manifestación en ese sentido, éste le da el trato de una “nueva reserva”. La circula y de nuevo, sigue la regla de la unanimidad (quedará depositada ante la falta de objeciones).²⁸

La sección 3.6 del manual se destina a las declaraciones. Estas declaraciones no están previstas por el régimen de la CVDT (de hecho, como observamos anteriormente, la intención de definir el concepto de “reserva” era excluir a las declaraciones de su alcance). Comprenden:

- a) *Declaraciones interpretativas*: manifestaciones hechas por los Estados para “aclarar el significado de ciertas disposiciones o de todo el tratado”.²⁹

²⁶ *Manual de Tratados*, Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, 2001. Disponible en <https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/Spanish.pdf>.

²⁷ *Manual de Tratados*, Naciones Unidas, 2001, sección 3.5.3.

²⁸ *Ibidem*, sección 3.5.8.

²⁹ *Ibidem*, sección 3.6.1.

- b) *Declaraciones facultativas*: son declaraciones jurídicamente vinculantes para los Estados, normalmente se refieren a la competencia de comisiones o comités.³⁰
- c) *Declaraciones obligatorias*: se formulan cuando el tratado requiere la manifestación de los Estados sobre alguna cuestión.³¹

En el manual se estableció que las declaraciones no están sujetas a limitaciones temporales, y que sólo las que producen efectos jurídicos para los Estados (incisos b y c) deben respetar ciertas formalidades en su formulación. Relata que, en la práctica, cuando se formulan objeciones a una declaración interpretativa, normalmente es porque algún Estado la considera una reserva encubierta (recordemos que las reservas lo son por el efecto que producen, no su denominación).³²

La versión actualizada del *Manual de Tratados* fue publicada en 2013 en español. Cabe resaltar que mientras la sección destinada a las reservas sufrió de modificaciones menores (por ejemplo, con la introducción de instrumentos más recientes para ejemplificar), la de declaraciones fue alterada en mayor medida. Por ejemplo, en el caso de las declaraciones facultativas, se incluyó como supuesto la aceptación de la competencia de los mecanismos para la solución de controversias. En efecto, se estableció que algunas de estas declaraciones son “reservas autorizadas”, y cita el artículo 66 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.³³

Un aspecto novedoso de la versión actualizada del manual es la inclusión de “Notificaciones”. Según se define éstas “normalmente ofrecen información requerida por un tratado... se refieren a la designación de autoridades o idiomas, o al establecimiento de jurisdicciones exigidas con arreglo a las disposiciones de un tratado”.³⁴ También clarifica que los efectos jurídicos de las notificaciones son distintos a los de las declaraciones o reservas; y que no será un vicio formal el que no sean firmadas por los representantes reconocidos de un Estado.

Entre los ejemplos que proporciona, se encuentra el párrafo 13 del artículo 46 de la convención contra la corrupción antes mencionada, que prevé lo siguiente: “Cada Estado Parte notificará al secretario general de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratifica-

³⁰ *Ibidem*, sección 3.6.2.

³¹ *Idem*.

³² *Ibidem*, sección 3.6.6.

³³ *Manual de Tratados*, Naciones Unidas, 2013, sección 3.6.2.

³⁴ *Ibidem*, sección 3.7.

ción, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin”.

A manera de reflexión, la inclusión de esta clase de notificaciones en el Manual de 2013, distintas de las declaraciones y reservas, ejemplifica cómo la práctica en relación con las manifestaciones que se pueden realizar al amparo de un tratado está en evolución constante. Cada vez, son mucho más específicas las clasificaciones empleadas. Y esto es jurídicamente relevante. Excluir ciertas manifestaciones de una categoría implica afectar o precisar el régimen normativo al que están sujetas; como lo hizo la CIJ en el caso de definir el alcance del principio de reciprocidad.

Además, en 1993, la Asamblea General avaló la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir en su programa de estudio “el derecho y la práctica relativa a las reservas a los tratados”.³⁵ Allain Pellet fue el relator especial en la materia. En su primer reporte, delimitó algunos temas de interés en relación con el régimen de reservas previsto en la Convención de Viena; de manera ilustrativa, contempló discusiones sobre la permisibilidad de las reservas, el régimen de objeciones, el papel de los órganos de monitoreo, así como un plan de análisis para completar ciertas lagunas.

Si bien es cierto que el relator sostuvo en sus conclusiones preliminares que el régimen de Viena de 1969 tenía debilidades, también reconoció que era flexible y adaptable para satisfacer las necesidades de los Estados.³⁶ Incluso afirmó que el régimen de Viena era aplicable a toda clase de tratados multilaterales, sin importar su objeto (particularmente, aquellos que son clasificados como normativos, por ejemplo, de derechos humanos). Argumentó que el régimen actual preserva el “contenido esencial” del tratado.³⁷

Los reportes del relator, aunado a los comentarios de los gobiernos y las propias discusiones de la Comisión de Derecho Internacional culminaron en la *Guía sobre la práctica a las Reservas de los Tratados*, adoptada por esta comisión en su sexagésima tercera sesión y publicada en 2011. Entre los puntos a destacar de la guía están los siguientes:

³⁵ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1993, Volumen II, Parte dos, Documento A/48/10, pp. 96-97. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/year-books/english/ilc_1993_v2_p2.pdf; Resolución de la Asamblea General A/RES/48/31, p. 2, <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/RES/48/31>.

³⁶ *Reporte sobre el Derecho y Práctica de las Reservas a Tratados por Allain Pellet, Relator Especial*, Extracto del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1995, vol. II(1), Documento A/CN.4/470, p. 155. Disponible en: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_470.pdf&lang=EF SX.

³⁷ *Ibidem*, pp. 92-23.

- a) Proporciona ejemplos de declaraciones que constituyen reservas, aunque no se identifiquen como tales. Por ejemplo, declaraciones: *i*) que pretendan limitar las obligaciones de un tratado; *ii*) que especifiquen el cumplimiento con las obligaciones de un tratado de una manera distinta a la prevista; *iii*) exclusiones o limitaciones territoriales;³⁸ y, *iv*) las expresamente autorizadas por el tratado, pero que impactan los efectos jurídicos del instrumento.³⁹
- b) Para distinguir entre una declaración interpretativa y una verdadera reserva, el examen es casuístico (valoración del efecto legal), y es a la luz del canon interpretativo del régimen de Viena: buena fe y sentido ordinario de los términos para identificar la intención del autor, a la luz del tratado.
- c) Precisó que las declaraciones interpretativas condicionales, que son aquellas que sujetan el consentimiento a ser parte de un tratado a una interpretación específica, quedan comprendidas por las reglas aplicables a las reservas.⁴⁰
- d) Reconoce que existen otra clase de declaraciones, como de no reconocimiento de competencia, de modalidades de implementación interna y las cláusulas opcionales.⁴¹ Sin embargo, éstas exceden el alcance de la guía; es un reflejo de la evolución de la práctica. Tampoco están contempladas las “reservas” a tratados bilaterales.
- e) Señala que, como alternativa a las reservas, se podrían insertar cláusulas en los tratados para limitar su alcance, o cláusulas que permitan la conclusión de acuerdos entre las partes para modificar los efectos de ciertas disposiciones.⁴²

En muchos puntos, esta guía confirma o reitera la práctica del secretario general según quedó definida por el *Manual de Tratados*.

Un tema debatido, que discutimos previamente, es el relativo a la permisibilidad de las reservas y los efectos de formular una de las consideradas como prohibidas. Dado que es particularmente difícil la valoración de una reserva al amparo del criterio de “objeto y fin”, la guía pretende dar claridad en ese punto —retomando a la Corte Internacional de Justicia— al

³⁸ Es interesante resaltar que, si bien la Convención de Viena permite las declaraciones de exclusión territorial, lo hace en el marco del artículo 29, en relación con la aplicación territorial de un tratado. No clasifica este tipo de declaraciones.

³⁹ *Guía sobre la práctica a las Reservas de los Tratados*, op. cit., sección 1.1.

⁴⁰ *Ibidem*, Sección 1.3.

⁴¹ *Ibidem*, Sección 1.5.

⁴² *Ibidem*, Sección 1.7.

establecer que depende de un análisis de la razón de ser del tratado, a la luz de los principios de interpretación de Viena.⁴³ No obstante, las mismas críticas son aplicables a esta guía que las que suscitó la Opinión consultiva de la Corte. El examen casuístico, a la luz de criterios igualmente indeterminados, podría arrojar resultados contradictorios.

Asimismo establece que además de los Estados, los órganos de monitoreo y los de solución de controversias pueden analizar la permisibilidad de una reserva. Sin embargo, sólo la determinación de los órganos de solución de controversias es vinculante.⁴⁴

Tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se han pronunciado sobre la validez de las reservas, las declaraciones interpretativas y las declaraciones facultativas de reconocimiento de la competencia de dichos órganos y tribunales. Las cuales han sido interpretadas como verdaderas reservas en alguno de los casos.⁴⁵

Sobre este punto, es interesante reflexionar sobre los posibles efectos que las decisiones de estos organismos tengan, especialmente en atención al fenómeno de fragmentación del derecho internacional.

Por ejemplo, la Corte Interamericana, en la Opinión consultiva OC-2/82 en relación con el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75), inevitablemente interpretó ciertas disposiciones de la Convención de Viena de 1969, pues el artículo 75⁴⁶ de la Convención Americana remite a este tratado, expresamente. En ese sentido, expuso:

35. Para los fines del presente análisis, la referencia del artículo 75 a la Convención de Viena sólo tiene sentido si se entiende como una autorización expresa destinada a permitir a los Estados cualesquiera reservas que consideren apropiadas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado. Como tales, se puede decir que ellas se rigen por el artículo 20.1 de la Convención de Viena y, consecuentemente, no están sujetas a la aceptación de ningún otro Estado Parte.

⁴³ *Ibidem*, Sección 3.1.5.

⁴⁴ *Ibidem*, Sección 3.2.

⁴⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Loizidou vs. Turquía*. Sentencia del 23 de marzo, 1995, Serie A, p. 310.

⁴⁶ Artículo 75. Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

36. Al respecto, la Corte hace ver que dicho artículo 20.1, al hablar de “una reserva expresamente autorizada por el tratado”, no se está limitando por su propio texto, a reservas específicas. Un tratado puede expresamente autorizar una o más reservas específicas, o reservas en general. Esto último, que es lo que la Corte estima que ocurre en la Convención Americana, significa que las reservas, así expresamente autorizadas en general, no requieren un tratamiento diferente al de las específicas igualmente autorizadas. En este sentido, la Corte desea enfatizar que, al contrario del artículo 19b de la Convención de Viena, que sí se refiere a “determinadas reservas”, el artículo 20.1 no contiene tal restricción y, por lo tanto, permite la interpretación del artículo 75 de la Convención Americana en la forma indicada en la presente opinión.⁴⁷

Esta determinación interpretativa del tribunal interamericano es interesante, pues extiende el supuesto previsto en el artículo 20, párrafo primero de la Convención de Viena de 1969, para abarcar tanto permisiones específicas como generales. La conclusión ha sido objeto de críticas, porque es difícil sostener la interpretación que la Corte Interamericana confirió a la Convención de Viena.⁴⁸ No obstante, por lo menos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, éste es el entendimiento que se le dio al régimen genérico de reservas.

En sus casos contenciosos, la Corte Interamericana además ha tenido la oportunidad de hacer pronunciamientos acerca de las distintas clases de manifestaciones al amparo de la Convención Americana. Al analizar las excepciones preliminares en el caso de *Cantos vs. Argentina*, determinó que la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte era distinta a una reserva. En efecto, sostuvo lo siguiente: “34. Si bien alguna doctrina habla de ‘reservas’ al reconocimiento de la competencia de un tribunal internacional, se trata, en realidad, de limitaciones al reconocimiento de esa competencia y no técnicamente de reservas a un tratado multilateral”.⁴⁹

Como hemos sostenido, estas distinciones son relevantes, ya que definen el régimen jurídico al que está sujeto cada clase de manifestación, y sus consecuentes implicaciones. En este caso, es correcta la apreciación de la Corte Interamericana sobre la distinción en ambas clases de manifestaciones.

⁴⁷ Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párrs. 35 y 36.

⁴⁸ Al respecto, *cf.* Andrés E. Montalvo, “Reservations to the American Convention on Human Rights: A New Approach”, *American University International Law Review* 16, núm. 2, 2001, pp. 269-313.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 34.

Pero, es relevante resaltar cómo explícitamente se aparta de cierta doctrina; esto refleja las discrepancias metodológicas que existen al respecto.

El último punto a destacar sobre el tema, es que según la regla 3.3.1 de la guía, una reserva impermisible lo es sin importar qué supuesto actualice; sin perjuicio de la aceptación que pudiera recibir. Así pues, pareciera que en el caso de las reservas que no son notoriamente prohibidas (que posiblemente comprenda el conjunto más amplio de reservas), la única manera determinante de definirlo sería por una decisión legal vinculante. En este caso, la reserva no sería nula como consecuencia del pronunciamiento de que se trate; más bien, el pronunciamiento sería un mero reconocimiento de una invalidez desde su origen. El Estado que formula una reserva inválida sólo será parte del tratado si la reserva no era condición *sine qua non* de su consentimiento.⁵⁰

La Comisión de Derecho Internacional, en un comentario, estableció que el propósito de la guía —a diferencia del manual— es impactar la práctica futura. Generar consistencia, o soluciones “apropiadas para el desarrollo progresivo” de las reglas.⁵¹ Cuando se redactó la CVDT, el diseño del régimen de reservas no fue producto de una práctica general y uniforme. Sin embargo, la guía sí resulta de la práctica detonada por este tratado. Por ello, es un instrumento valioso para encausar esfuerzos subsecuentes, y generar seguridad jurídica a los Estados contratantes. Valdrá la pena regresar a evaluar su impacto en lo futuro.

V. CONCLUSIÓN

Algunas de las conclusiones que podemos extraer sobre el régimen normativo aplicable a las reservas en el orden internacional son las siguientes:

- a) En el momento de redacción de la CVDT no existía un régimen uniforme sobre las normas aplicables a las reservas.
- b) Mientras que en un inicio parecía que las propuestas iban a encaminarse hacia la regla que solicitaba la unanimidad en relación con la aceptación de las reservas, el régimen que finalmente se adoptó se asemejó más al análisis propuesto por la Corte Internacional de

⁵⁰ *Ibidem*, sección 4.5.3.

⁵¹ *Reporte de Labores de la Comisión de Derecho Internacional en su Sexagésima Tercera Sesión*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, parte 3, Documento A/66/10/ADD.1, p. 35. Disponible en https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2011_v2_p3.pdf&lang=EFS.

- Justicia en la Opinión consultiva sobre Armas Nucleares de 1951: la aceptabilidad de una reserva dependerá, por regla general, de la compatibilidad con el objeto y fin del tratado.
- c) La regla de compatibilidad con el objeto y fin deja, en última instancia, la determinación de la aceptabilidad de una reserva a un análisis casuístico que hace cada Estado. Sin embargo, sólo se requiere la aceptación expresa o tácita de un Estado contratante o parte de un tratado multilateral para que el Estado reservante pueda llegar a considerarse parte.
 - d) Una determinación vinculante sobre la aceptabilidad de una reserva —apreciado bajo el criterio de objeto y fin— depende de un pronunciamiento sobre un órgano con competencia para tal efecto, como la Corte Internacional de Justicia en ciertos casos.
 - e) En los años posteriores a la entrada en vigor de la Convención de Viena, la práctica ha obligado a generar pronunciamientos sobre ciertas manifestaciones distintas a las reservas, como las declaraciones interpretativas. La diversidad de manifestaciones, así como su evolución, queda evidenciada con la actualización de los trabajos con fines explicativos y/o de sistematización pronunciados por los organismos internacionales.
 - f) Sin embargo, lo anterior no quiere decir que el régimen de la CVDT deba ser modificado; en todo caso, es un régimen supletorio aplicable ante la falta de regulación expresa de esta materia en los tratados que se celebren. La guía de la Comisión de Derecho Internacional podría convertirse en gran apoyo hacia una práctica más uniforme en el futuro.
 - g) La práctica de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos (tanto jurisdiccionales como cuasijurisdiccionales) ha tenido un impacto importante en el control de la validez de las reservas, las declaraciones interpretativas y declaraciones facultativas de los Estados.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Libros*

- KLABBERS, Jan, *International Law*, Cambridge University Press, 2017.
NACIONES UNIDAS, *Guía sobre la Práctica de las Reservas de los Tratados*, 2011.

PELLET, Alain, “Article 19. Formulation of Reservations”, en Oliver CORTEN y Pierre KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, Oxford University Press, 2011.

RODRÍGUEZ HUERTA, Tania Gabriela, *Tratados sobre derechos humanos el sistema de reservas*, México, Porrúa/ITAM, 2005.

VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill, 2008.

2. Artículos

EDWARDS JR., Richard W., “Reservations to Treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 2, núm. 10, 1989.

MONTALVO, Andrés E., “Reservations to the American Convention on Human Rights: A New Approach”, *American University International Law Review* 16, núm. 2, 2001.

PARISI, Francesco y Catherine SEVCENKO, “Treaty Reservations and the Economics of Article 21(1) of the Vienna Convention”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, núm. 1, 2003.

PARTE II

RÉGIMEN DE LA CVDT EN DISTINTAS RAMAS
DEL DERECHO INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE

En la segunda parte de este trabajo colectivo, y para dar originalidad a la obra, se presenta un estudio de casos de temas selectos de Derecho de los Tratados desarrollados por expertos en ramas de Derecho Internacional como Propiedad Intelectual, Derecho del Mar, Derecho Ambiental, Derecho Humanitario, Derecho Penal Internacional, entre otras materias.

Manuel Becerra da inicio a esta parte con un análisis referente a la singularidad de los tratados sobre propiedad intelectual (PI). El profesor Becerra hace un análisis de los tratados sobre PI y encuentra que los tratados internacionales que contienen normas sobre dicha materia poseen características bastantes originales que los colocan en una categoría especial. En ello, el autor encuentra, en lo que respecta a la salud, un énfasis particular en el concepto de flexibilidades que se han reconocido en los tratados de libre comercio sobre PI.

Poner a prueba el régimen de tratados en materia ambiental merece una mención especial. Por ello, en esta obra encontramos un apartado donde Marisol Anglés Hernández analiza la gestión sustentable de las sustancias tóxicas de acuerdo a los compromisos internacionales que México ha asumido.

El derecho ambiental internacional es, en sí, complejo y requiere una aproximación única, ya que es quizá el apartado del Derecho Internacional en el que se debe prestar mayor atención a los principios formulados dentro de la rama: “como acicate para la construcción normativa; pues están dotados de un contenido axiológico que permite orientar el desarrollo en condiciones de seguridad e inocuidad”, tal como apunta la autora, quien además los vincula a las reglas de interpretación de la CVDT. Por ende, no resulta extraño que en este artículo haya una discusión sobre algunos de los principios de Derecho Ambiental Internacional recurriéndose a fuentes distintas al Derecho de los Tratados como son los instrumentos de carácter político y la jurisprudencia internacional, de lo cual Marisol Anglés hace un buen acopio.

Ahora bien, la ausencia de un tratado globalizador de Derecho Ambiental Internacional se contrasta con los instrumentos sobre sustancias tó-

xicas, en concreto los Convenios de Estocolmo, de Rotterdam y de Minamata de los cuales se da un buen recuento. De ello, puede inferirse que en la materia ambiental los tratados internacionales tienen un papel preeminente para el tratamiento de temas específicos, a pesar de que los Estados no han encontrado o no se han comprometido en una fórmula que recoja los principios de la materia, lo cual ha devenido en la utilización de otro tipo de instrumentos como las resoluciones internacionales.

A la complejidad de una estructuración global y la ausencia de consenso en materia ambiental, Rodolfo Godínez Rosales aporta a esta obra colectiva un estudio sobre la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) e instrumentos conexos, lo que muestra la problemática de la vida cotidiana de un tratado multilateral con una dinámica trascendental para el medio ambiente. De esta manera, Godínez discurre sobre la cooperación entre naciones en materia ambiental cristalizada en un instrumento multilateral con pretensiones universales, la CMNUCC, como un vehículo previsto en la CVDT, para después analizar en su funcionamiento.

En el artículo de Rodolfo Godínez puede verse trazado el recorrido de un tratado multilateral dinámico, en esencia inacabado y de metas vitales para la subsistencia humana, por lo menos en los términos que la conocemos hoy en día. En ello, el autor apunta el principio básico *Pacta sunt servanda* inmediatamente seguido por la necesidad de revisión del régimen creado por la CMNUCC por su carácter definitivamente evolutivo. La CMNUCC resulta muy ejemplificativa para el Derecho de los Tratados, pues es un modelo de un acuerdo multilateral marco que permite protocolos adicionales como los de Montreal y Kioto, y que tiene como tarea un objetivo fundamental para la humanidad (artículo 2): “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”.

El ensayo que Martín Muñoz Ledo expone en esta obra la enriquece ya que en él nos muestra el contraste entre la solidez de un tratado internacional y el uso recurrente de instrumentos de *soft law*, particularmente en el área de Derecho Internacional Privado. Este apartado busca explicar la sencillez y ventajas prácticas de los textos de *soft law*, desprovistos de carácter vinculante y que no requieren ser sometidos a las formas de consentimiento tradicionales en las que los Estados se vinculan a tratados internacionales.

Este estudio se aboca a principios, reglamentos, guías legislativas, recomendaciones, textos explicativos, notas y leyes modelo en el contexto de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (CHDIP), Confe-

rencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados Americanos (CIDIP-OEA), Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), cuya efectividad, en términos prácticos no en sentido vinculante, está probada. Para apuntalar esta afirmación, Muñoz Ledo discurre sobre el origen conceptual y características generales de los instrumentos *soft law* y destaca el trabajo particular de los foros en la materia que han llevado a cabo una labor encomiable.

El punto total será saber si el régimen de instrumentos no vinculantes paralelos a la CVDT pone en jaque al sistema de tratados o se trata de instrumentación complementaria, a ello se aboca el autor en el estudio. Es necesario apuntar que la aproximación no es solamente doctrinaria es, bien a bien, un estudio práctico.

Pues bien, en la vida cotidiana de los tratados del Derecho Humanitario Eric Tardiff y Luis Benavides dan el recuento de la interpretación y aplicación en el campo práctico. El de Benavides, se trata de un trabajo a la luz de la experiencia de primera mano del autor. Es de esta manera, de sumo valor, un análisis que no está basado en obra impresa sino desde el campo de la práctica de la Comisión de Reclamaciones entre Eritrea y Etiopía y el Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, principalmente, respecto de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos. Resulta pues, valioso el estudio del derecho contrastado con los hechos, como es la pretensión del autor que finaliza la segunda parte de esta obra.

LA SINGULARIDAD DE LOS TRATADOS SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Doha y las flexibilidades, un elemento de interpretación de los tratados en materia de PI*. III. *Las normas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados*. IV. *El objeto y fin de los tratados internacionales*. V. *ADPIC con Doha se convierte en un documento vivo*. VI. *Reforma a ADPIC para introducir el Acuerdo de Doha*. VII. *¿El concepto de flexibilidades se aplica sólo a los farmacéuticos?* VIII. *El Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership)*. IX. *Las disposiciones suspendidas y otras disposiciones específicas*. X. *El Tratado México, Estados Unidos, Canadá (T-MEC)*. XI. *El Protocolo Modificatorio al T-MEC*. XII. *Conclusiones*. XIII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La inserción del derecho de la Propiedad Intelectual (PI) en los tratados de libre comercio ha producido un intenso y rápido desarrollo, ya que los tratados internacionales que contienen normas de la PI poseen características bastante originales¹ e interrelaciones con otras normas como las de derechos humanos que requieren una cuidadosa interpretación.

En efecto, si se puede hablar de una evolución de los tratados internacionales en el siglo XX, a 50 años de la adopción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969, los tratados de libre comercio sobre PI serán indudablemente ejemplos oportunos. Baste atender a la proliferación de dichos tratados en menos de tres décadas, a lo largo de

¹ Es altamente recomendable el libro de Pedro Roffé, *América Latina y la Nueva Arquitectura Internacional de la Propiedad Intelectual: de los ADPIC-TRIPS a los nuevos tratados de libre comercio*, Buenos Aires, UBA/La Ley, 2007.

las cuales han desarrollado características concretas por las que, a su vez, se han creado estándares para la regulación de una materia como lo es la protección del conocimiento por la vía de los derechos de la propiedad industrial o los derechos de autor, que indubitadamente impacta a la economía y a la cultura de los Estados que los celebran.

En efecto, estos tratados tienen características que los colocan en una categoría especial.² En principio, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS, por sus siglas en inglés), es un tratado *dentro de* otro tratado, pues corresponde al Anexo 1C del Convenio de Marrakech por el que se crea la OMC y que, firmado en 1994, entra en vigor el 1o. de enero de 1995. ADPIC es el punto de referencia de la nueva generación de derechos de la PI y, como se ha reconocido por los órganos de la OMC que participan en el proceso de solución de diferencias, si bien tiene un rango *sui generis* de relativa independencia dentro de la misma organización, “es a pesar de todo parte integrante del sistema de la OMC”.³ Su independencia es tal que convive con el organismo especializado que es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Es importante mencionar, a propósito de nuestro argumento, que ADPIC se reformó por medio de un protocolo en el año 2005 y que entró en vigor el 23 de enero de 2017. Mediante dicha reforma se adicionó al ADPIC el artículo 31bis, así como un anexo y un apéndice. Por ser esencialmente un “mini tratado”, dicho protocolo sólo es vinculante para los miembros que lo han aceptado.

A ADPIC le sigue una gran cantidad de tratados de PI, que tienen una serie de características que ya hemos identificado en otros trabajos,⁴ tales como:

- En muchos casos, proyectan las leyes nacionales de los países desarrollados (en forma acentuada de los Estados Unidos).

² Manuel Becerra Ramírez, *La propiedad intelectual en transformación*, 2a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2017, pp. 149-164.

³ Véase OMC, *India-Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/R, Informe del Grupo Especial, 5 de septiembre de 1997, p. 53, párrafo 7.19, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/50r.pdf.

⁴ Manuel Becerra Ramírez, “La propiedad intelectual en transformación. El Acuerdo sobre los ADPIC, 20 años después. Líneas generales”, en Rafael Pérez Miranda y Manuel Becerra Ramírez (coords.), *En la frontera de la propiedad intelectual*, México, UAM Azcapotzalco, 2019, pp. 95-113.

- Son tratados de carácter legislativo, por su carácter detallado, con normas adjetivas y sustantivas que se transfieren de un Estado a otro, creando estándares normativos que tienen que adoptar los Estados parte.
- Crean una zaga de tratados que gradualmente tienden a reforzar la protección de la PI. A estos tratados “reforzados” la doctrina les ha denominado ADPIC PLUS (o TRIPS PLUS, por sus siglas en inglés).
- Por la abundancia de tratados, primordialmente de carácter bilateral, sobre PI se crea un enjambre de normas convencionales que la doctrina metafóricamente ha bautizado como *noodle bowl*.
- Además, estos tratados tienen un carácter expansivo; es decir, son tratados que traen como obligación contraer otros tratados. Aquí, valga la expresión, como una suerte de *matrioska*, son tratados que entrañan una obligación de contraer otros tratados.
- Asimismo, estos tratados, por su carácter omnicompreensivo, tocan aspectos, inclusive de colisión con los derechos humanos (es el caso de las normas de derecho a la salud y de acceso a la cultura).

Estas características aunadas a varios fenómenos de las relaciones económicas internacionales, como las revoluciones industriales, han contribuido a situar al conocimiento como objeto del comercio y de la economía internacional. Y es por ello que se ha acuñado el concepto *economía del conocimiento* o bien *capitalismo cognitivo*.⁵ Esto es importante mencionarlo, ya que está directamente relacionado con el derecho de la PI, pues es mediante este conjunto de normas que se protege el conocimiento tecnológico (mediante patentes, marcas, diseños industriales, secreto industrial y derechos de autor).

Todo lo anterior conlleva una complejidad jurídica que es motivo de análisis en este trabajo, en donde nos detenemos a analizar el impacto de del Acuerdo de Doha en los tratados sobre propiedad intelectual y algunas característica novedosas del TPP-11 y del T-MEC. Especial énfasis tiene el concepto de flexibilidades que se han reconocido en los tratados de libre comercio sobre PI en lo que respecta a la salud.

Por último, en esta introducción queremos dejar constancia, y al mismo tiempo agradecer, que este trabajo se realiza dentro del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT) denominada

⁵ Manuel Becerra Ramírez, “El capitalismo del conocimiento y la propiedad intelectual”, en Salvador D. Bergel y Sandra C. Negro (eds.), *Propiedad intelectual. Presente y futuro. Homenaje al profesor Carlos María Correa*, Buenos Aires, Editorial B de F/Julio César Taira editor, 2019, pp. 1-18.

Tratados sobre Propiedad Intelectual, su recepción en derecho interno y su impacto económico-social (la salud en tiempo de COVID-19) con número de expediente IN303121.

II. DOHA Y LAS FLEXIBILIDADES, UN ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE PI

La nueva generación del derecho de la PI, que incluye la inserción de las invenciones y de los conocimientos en general, farmacéuticos en su marco normativo, ha traído en una década una tendencia hacia la atenuación de su rigidez. Precisamente, ésta es dada por el Acuerdo de Doha⁶ (llamado así por la capital de Qatar, en donde se negoció), que en realidad es un elemento de interpretación de los tratados internacionales en materia de farmacéuticos, que convive con las reglas de la CVDT cuya naturaleza es, como sabemos, también consuetudinaria.

En el año de 2001 la OMC celebró el IV periodo de sesiones de la Conferencia Ministerial de la OMC y después, el 14 de noviembre del mismo año, aprobó la denominada “Declaración de Doha” que esencialmente reconoce el gran problema de acceso para los países subdesarrollados a los medicamentos en caso de enfermedades epidémicas, como el SIDA, tuberculosis, paludismo y otras más. En consecuencia, reconoce ciertas flexibilidades que tienen los acuerdos ADPIC (licencias obligatorias, el reconocimiento de que los países miembros tienen el derecho a determinar lo que significa una emergencia nacional, etc.);⁷ definiéndose con ello un movimiento cada vez más pronunciado de voltear a ver a los derechos humanos, en el caso concreto el derecho humano a la salud, cuando se trata de proteger a la propiedad intelectual.

La Declaración de Doha es muy importante porque se aprueba en medio de una crisis de salud (recordemos la crisis del SIDA en Sudáfrica y el peligro de manejo del ántrax contra la población por los terroristas en Estados

⁶ Véase OMC, “Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública”, 14 de noviembre de 2001, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm.

⁷ Véase “Informe de la Comisión Sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Integrando los derechos de Propiedad Intelectual y la Política de Desarrollo”, en *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia. Propiedad Intelectual y Políticas de Desarrollo*, núm. 7, Buenos Aires/Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2005, pp. 19-489.

Unidos; cuando se puso en emergencia la utilización, en forma masiva, del carbunco, la única droga efectiva cuya patente pertenecía a una empresa trasnacional).

Así, Doha tiene una disposición clave que se requiere analizar para entender a qué nos referimos cuando hablamos de flexibilidades. En principio, se reconoce que ADPIC tiene disposiciones que prevén flexibilidades que entenderíamos como una capacidad de adaptación en respuesta a distintas situaciones o necesidades.⁸ Esto es, ADPIC contiene normas que pueden ser adaptadas a las condiciones internas de cada Estado miembro. En ese sentido, estas flexibilidades permiten que:

- Se apliquen las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público (que son las normas de interpretación de la CVDT sobre interpretación).
- Con base en dichas normas de interpretación, “cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se [lea] a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios”.

Esta mención de objetivos y principios nos lleva a los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC. Cabe señalar que, en virtud de que dichos criterios se replican en los tratados TPP-11 y en el T-MEC, las observaciones aquí vertidas comprenderán a los tres tratados.

Inicialmente, de acuerdo con los objetivos de ADPIC, la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual no es anárquica, sino que deberá “contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología”.⁹ Ahora bien, los beneficiarios deben ser no sólo los productores, sino también “los usuarios de conocimientos tecnológicos”.¹⁰ La idea es que con esto se “favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.¹¹

Ahora bien, otras guías de interpretación son los principios contenidos en los tres tratados que tienen que ver con lo siguiente:

⁸ Se entiende por flexibilidad “capacidad de doblarse un cuerpo fácilmente y sin que exista peligro de que se rompa”; y también la “capacidad para adaptarse con facilidad a las diversas circunstancias o para acomodar las normas a las distintas situaciones o necesidades”.

⁹ Artículo 7. OMC, Acuerdo de Marrakech, Anexo 1C, “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio”, https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

- Las partes “podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico”.¹²
- Las partes en ADPIC podrán aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en dicho Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.

Con esto, Doha pone en la mesa de los Estados Partes la tarea de interpretar las normas de los tratados en materia de PI, de acuerdo con las necesidades y condiciones internas, en el momento de adaptar a su legislación dichos tratados. También es relevante notar que hay valores que están previstos en los tratados que sin duda sirven como elementos de guía a la interpretación: proteger la salud pública y la nutrición de la población, la promoción del interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico. Pero eso tiene también límites, que son: que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en ADPIC. Es decir, con estas flexibilidades no se niegan los derechos de la PI, sino que se supeditan a altos valores que están ligados con derechos humanos, a la salud y al desarrollo.

También hay que hacer notar que las flexibilidades se presentan como una facultad de los Estados; la frase “podrán adoptar”¹³ es meramente facultativa. Los Estados pueden entonces decidir si su legislación adopta ese amoldamiento.

En suma, se sitúa a la salud como un bien jurídico altamente protegido, al establecer que “el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los miembros adopten medidas para proteger la salud pública”.¹⁴ Además, recuerda y aconseja tomar en cuenta las normas consuetudinarias sobre interpretación de los tratados internacionales. Aquí recordemos que no todos los Estados (como sucede con Estados Unidos) son parte de la CVDT, en cuyo caso se recurre al derecho consuetudinario —como estableció la Corte en el caso *Costa Rica v. Nicaragua*—. ¹⁵ Las normas de interpretación

¹² Artículo 8. *Idem*.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Punto 4. Véase OMC, Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública”, *op. cit.*

¹⁵ Al discutir el alcance de un derecho de navegación en favor de Costa Rica, la Corte aclara que la circunstancia de que Nicaragua no sea parte de la Convención de Viena sobre

son importantes porque, se considera, hay que partir de la premisa de que ADPIC tiene normas flexibles que se deben de adecuar, mediante interpretación, a la legislación interna. Además, se reitera el derecho que “tienen los Estados de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias”.¹⁶

III. LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969 SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Ahora bien, ¿cuáles son las normas de interpretación de naturaleza habitual a que Doha se refiere? Sin duda son las normas de interpretación de la CVDT, que, como hemos mencionado, tienen origen y naturaleza consuetudinaria.

El punto de partida para explicar las reglas de interpretación las tenemos en el artículo 31 de la CVDT que preceptúa la regla general de interpretación y señala en su apartado número 1 que un tratado deberá interpretarse:

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

Estas reglas de interpretación se aplican sin seguir una jerarquía; su aplicación es pues una operación combinada en donde los diferentes elementos, en la medida en que se encuentren presentes en un caso, se mezclarán y su acción conjugada resultará entonces la interpretación jurídica pertinente. Aquí hacemos una particular distinción en cuanto a la expresión “en el contexto del tratado”. Se presenta el contexto como uno de los elementos que hay que investigar cuando no esté claro el sentido corriente de los términos. Estos tienen un sentido corriente tan sólo en el contexto donde figuran.¹⁷ De ahí

Derecho de los Tratados no impide la aplicación de los principios de interpretación contenidos en los artículos 31 y 32 de dicho tratado, ello en virtud de la norma consuetudinaria que tales artículos reflejan; véase CIJ, *Dispute regarding Navigational and related rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Fallo, 13 de julio de 2009, p. 237, párrafo 47.

¹⁶ Punto 5, inciso b. Véase OMC, Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública”, *op. cit.*

¹⁷ ONU, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, A/CN.4/SERA/1966, vol. I, parte 2, Nueva York, 1966, p. 188.

que, para investigar ese contexto, hay que remitirse al acápite 2 del artículo 31, en donde se establece lo que debe entenderse para los efectos de la interpretación del tratado. Además, el contexto no es simplemente el artículo o la sección del tratado en que figura el término, sino el tratado en su totalidad.¹⁸

IV. EL OBJETO Y FIN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En lo tocante a la expresión “a la luz de su objeto y fin” (interpretación teleológica), su primera consecuencia es la aplicación de la norma de la efectividad del tratado. El objeto y propósito de un tratado puede ser de especial interés para una interpretación desfragmentada. Si el objeto y el propósito del tratado también contienen objetivos de derechos humanos o de desarrollo sustentable, esto puede ser utilizado en una interpretación teleológica del tratado en sí, que lleve a una interpretación armoniosa. El acápite 2 del mismo artículo 31 establece que para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, su preámbulo y anexos:

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

Como se observa, este acápite tiene como objetivo definir el contexto de un tratado. Para tal efecto, el contexto comprende, además del texto, incluidos preámbulos y anexos:

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

Es necesario decir que el objeto y fin es un elemento fundamental que está íntimamente relacionado con el principio de *Pacta sunt servanda* y la efectividad

¹⁸ ONU, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, A/CN.4/SER.A/1966/Add.I, vol. II, Nueva York, 1966, p. 242.

de los tratados; y se puede deducir del texto general del tratado o bien de su preámbulo.¹⁹ Aunque algunos tratados lo establecen expresamente, por lo cual la interpretación se facilita.

V. ADPIC CON DOHA SE CONVIERTE EN UN DOCUMENTO VIVO

Así, Doha y las normas de interpretación de la CVDT convierten a ADPIC en un documento vivo, sujeto a la interpretación en aras de proteger la salud pública. Posteriormente, mediante Decisión del Consejo General de 30 de agosto de 2003 y en aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, se hacen una serie de puntualizaciones sobre la manera de llevar a la práctica dicha Declaración de Doha.²⁰

En relación con su naturaleza jurídica, la Declaración de Doha se puede ver desde varios ángulos. En principio, Doha es justamente producto de una Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) celebrada precisamente en Doha (9-14 de noviembre de 2001), de donde toma su nombre. La Declaración fue adoptada por consenso y esto que puede ser relevante en tanto aquel constituye una forma de producir el derecho en los últimos años.

Ahora bien, de acuerdo con el derecho de la OMC, en principio no sería vinculante y se puede considerar como una “fuerte declaración política”, sin ser una interpretación autorizada; sin embargo, a juicio de Carlos Correa

...dado el contenido y el modo de aprobación de la Declaración de Doha, puede argumentarse que tiene el mismo *efecto* que una interpretación autorizada. En particular, al proporcionar un entendimiento consensuado de ciertos aspectos del Acuerdo sobre los ADPIC en el párrafo 5, los Miembros han creado un precedente para los informes futuros de los paneles y del Órgano de Apelación.²¹

¹⁹ Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Reino Unido, Oxford University Press, 2008, pp. 189-202.

²⁰ Véase OMC, “Aplicación del párrafo 6 de la declaración de Doha relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública”, Decisión del Consejo General de 30 de agosto de 2003, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/implement_para6_s.htm#2.

²¹ Carlos M. Correa, “Repercusiones de la Declaración de Doha Relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, WHO/EDM/PAR/2002”, OMS, junio de 2002, p. 45, <http://archives.who.int/tbs/global/s4904s.pdf>.

Ahora bien, esta Declaración que es una interpretación autorizada, no es de carácter auto-aplicativo, pues requiere de su recepción en el derecho local de cada Estado, a fin de que se incorporen las excepciones y salvaguardias para proteger la salud.

Justamente, debemos aclarar que, si bien se habla de patentes y sus flexibilidades, en realidad nos referimos a algo más, pues los elementos de la salud que se protegen por la vía de la PI son algo más que las invenciones; tendría que ver también con modelos de utilidad, marcas, diseños industriales o secretos industriales, por mencionar los más trascendentes. Todo ello es necesario para garantizar la salud pública y el acceso a la atención sanitaria.

VI. REFORMA A ADPIC PARA INTRODUCIR EL ACUERDO DE DOHA

Otro ángulo de la reforma de ADPIC es introducir ahí el Acuerdo de Doha, que es lo que finalmente sucedió. Aunque cualquier reforma a ADPIC tiene características específicas

debe[n] de ser aprobada[s] por una mayoría de dos tercios de los miembros, pero sólo será vinculante para los Miembros que la han aceptado. También es posible adoptar una enmienda por mayoría de tres cuartos, en cuyo caso será vinculante para todos los Miembros, pero todo Miembro que no la haya aceptada será libre de retirarse de la OMC o de continuar siendo Miembro con el consentimiento de la Conferencia Ministerial (Artículo X.1 y 2 del Acuerdo por el que se establece la OMC).²²

En efecto, ADPIC fue reformado para adicionar el artículo 31 bis, que tiene que ver con las licencias obligatorias. En ese sentido, se deja al derecho interno, carta blanca para legislar sobre la materia. Con lo cual hay una recuperación de la soberanía por parte de los países subdesarrollados en materia de salud.

VII. ¿EL CONCEPTO DE FLEXIBILIDADES SE APLICA SÓLO A LOS FARMACÉUTICOS?

Si decimos que la base jurídica de las flexibilidades las encontramos en la interpretación de los artículos 7 (objetivos) y 8 (principios) de ADPIC, aplicando

²² *Idem.*

las reglas de interpretación de la CVDT, también podemos decir que las flexibilidades se refieren a todas las normas de PI contenidas en este tratado, en virtud de que los objetivos y principios aluden a las normas de PI en general y no sólo a las relativas a farmacéuticos. Una de las características de ADPIC, y en general de los tratados sobre PI, es que contiene muchas imprecisiones que son sujetas a interpretación por los Estados Parte.

En efecto, los criterios interpretativos, tomando como eje las reglas contenidas en la CVDT, y los objetivos y principios que animan los tratados internacionales no se dirigen exclusivamente al ámbito de las patentes farmacéuticas, sino que lógicamente son aplicables para todo el contenido de los tratados en materia de PI. Esto significa, por ejemplo, que en el momento de interpretación que hace el poder legislativo de los Estados parte para adecuar la legislación interna a los tratados internacionales en materia de derecho de autor, también puede apoyarse en las flexibilidades, pues dicha interpretación puede ser guiada por los objetivos y principios que el tratado contenga.

En este sentido, consideramos que también el concepto de flexibilidades se puede aplicar a todos los tratados de PI, siempre y cuando tengan la misma estructura, la misma racionalidad; es decir, que la ambigüedad o amplitud de su redacción haga necesaria interpretarla en un sentido teleológico, siguiendo los objetivos y principios del tratado y en el marco de la CVDT.

En efecto, si tomamos como ejemplo Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (OMPI-1996), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, veremos que en su artículo 10 establece:

Limitaciones y excepciones

- (1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
- (2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Como se desprende del artículo 10 el poder legislativo tiene la potestad de prever: limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obra literarias y artísticas. Precisamente aquí estamos ante lo que la doctrina de derecho de autor conoce como “limitaciones y excepciones al derecho de autor”, y que está sometida a la regla de los tres pasos para que puedan ser consideradas como válidas legalmente hablando:

- Que se trate de casos especiales.
- Que no atenten contra la normal explotación de la obra.
- Que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

OMPI-1996 se refiere a cómo los Estados Parte deben de ajustar su legislación al entorno digital y evidentemente aquí encontramos una flexibilidad a los derechos de autor que requiere un ejercicio de interpretación del legislador que tendrá como guía los objetivos y principios del tratado, por un lado, y el parámetro de la regla de tres pasos, por el otro.

De acuerdo con esto, el legislador tendrá un margen de interpretación del tratado y en la práctica esas limitaciones y excepciones, vistas como flexibilidades, tienen que ver con el derecho de cita, los fines educativos, los fines de información; la copia privada, el uso para las bibliotecas, etcétera. En el entendido de que hay una diferencia entre el entorno analógico y el digital, por ejemplo, “en el entorno analógico hablar de la copia privada sin fines de lucro es legal, pero implementar la copia privada en el entorno digital con la posibilidad de que una persona descargue cualquier cantidad de obras, no parece legal, ni justo para los autores”.²³

Hay que mencionar que esta misma disposición se encuentra en el T-MEC, en su artículo 20.65, e insistimos, es necesario recurrir a la interpretación del tratado, pues las “limitaciones y excepciones al derecho de autor no están determinadas previamente”. Es por esto, que la Directiva Europea de la Sociedad de la Información, en su artículo 5(2), tiene una lista exhaustiva de posibles excepciones al derecho de reproducción²⁴ que no son exactamente las mismas que reconoce la legislación mexicana, la Ley Federal del Derecho de Autor en su artículo 148.

VIII. EL TRATADO INTEGRAL Y PROGRESIVO DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO (COMPREHENSIVE AND PROGRESSIVE AGREEMENT FOR TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP)

El Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífica (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership [CPTPP]), tam-

²³ Carlos Alberto Ortiz López, “Algunos aspectos de la propiedad intelectual en el entorno digital”, en Evelyn Téllez Carbajal (coord.), *Derecho y TIC. Vertientes actuales*, México, IJ-UNAM, 2016, p. 226.

²⁴ Mihály Ficsor, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, Bogotá, UNESCO/CERLALC/Dirección General del Derecho de Autor, 2007, pp. 63-70.

bién denominado como TPP-11) es un acuerdo de libre comercio que tiene sus orígenes en el Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (o Acuerdo P4), firmado, este último, el 3 de junio de 2005 por Brunéi, Chile, Nueva Zelanda y Singapur, vigente desde el 1 de enero de 2006, en el 2008 se transformó en un acuerdo más amplio con la entrada de Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Perú, y Vietnam, como países firmantes. Sin embargo, con el ascenso de Donald Trump a la presidencia de su país, Estados Unidos se retiró del tratado el 23 de enero de 2017. No obstante, los países restantes se mantuvieron en la negociación aún con la ausencia de la potencia norteamericana y con ello se firmó el 4 de febrero del año 2016 el actual CPTPP o TPP-11.

El TPP-11 es considerado un acuerdo ADPIC-Plus, pues presenta un esquema de mayor rigidez en las normas de PI. Sin embargo, parte de esta rigidez está suspendida temporalmente, pues a la salida de Estados Unidos, los demás miembros decidieron suspender 22 disposiciones del tratado. La razón de esta suspensión se debe a la esperanza de que la potencia norteamericana regrese a la membresía.

IX. LAS DISPOSICIONES SUSPENDIDAS Y OTRAS DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

Es interesante ver que las partes del TPP-11, ya sin Estados Unidos, deciden suspender aquellas partes que evidentemente se habían integrado a petición de este mismo país. En efecto, las partes acuerdan una suspensión del TPP-11 original en cuatro aspectos que son esenciales en un tratado ADPIC-Plus:

1. Sobre la duración de la patente por retrasos irrazonables.
2. En cuestiones relacionadas con las patentes farmacéuticas, incluida toda la sección sobre productos biológicos y la protección de datos de prueba u otros datos no divulgados.
3. Reglas suspendidas para la protección de la tecnología y la información, las cuales incluyen: Medidas Tecnológicas de Protección (TPM), Información de Gestión de Derechos (RMI), Protección de Señales Codificadas de Satélite y Cable Encriptadas Portadoras de Programas, recursos legales y limitaciones para los Proveedores de Servicios de Internet (ISPs).
4. El derecho de autor no se extiende a más de 70 años.²⁵

²⁵ “Once países firman el Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP): implicaciones geopolíticas, contenidos esenciales y su importancia para México”,

En la gran diversidad de tratados de libre comercio que México tiene celebrados, puede suceder que se encuentre con contenidos divergentes entre los mismos Estados Parte. En tal caso por supuesto, también hay que recurrir a las reglas de interpretación de la CVDT.

Por otra parte, desde la perspectiva del derecho de los tratados, otra especificidad del TPP-11 es que dentro de los 11 miembros es posible realizar acuerdos de carácter bilateral sobre temas específicos que resulten importantes para ellos. Tal es el caso de la Carta bilaterales, primero entre México y Nueva Zelanda, mediante la cual este último Estado otorga reconocimiento al Tequila, Mezcal, Bacanora, Charanda y Sotol como productos exclusivamente elaborados en México; y después la Carta bilateral entre México y Vietnam, sobre un tema sumamente sensible para México, como lo es el peligro que corren las industrias textiles mexicanas por la competencia de precios bajos de este país asiático; por lo cual se crea un “Programa de Monitoreo” relacionado con empresas textiles y del vestido registradas en Vietnam para intercambiar información y apoyar la gestión de riesgo en la identificación y atención de infracciones aduaneras relacionadas con el sector textil.

Ahora bien, otra originalidad del TPP-11 es que tiene diferentes anexos, entre ellos, el Anexo I, denominado “Medidas Disconformes”, que en esencia son reservas, aunque no con ese nombre. El asunto es muy trascendente, pues indica que es posible hacer reservas en los tratados de libre comercio para proteger el orden constitucional de México.

X. EL TRATADO MÉXICO, ESTADOS UNIDOS, CANADÁ (T-MEC)

Después de poco más de un año de negociaciones entre México, Estados Unidos y Canadá, el 30 de noviembre del 2018, se firmó el Tratado México, Estados Unidos, Canadá (T-MEC o USMCA por sus siglas en inglés [United States-Mexico-Canada Agreement]), nombre que fue propuesto por el entonces presidente de Estados Unidos, Donald Trump. Se trata del tratado que sustituye al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El T-MEC presenta características que, sin duda, son interesantes para el estudio de los tratados internacionales.

Dentro de estas características se puede destacar la pertenencia a la categoría de Tratados de Libre Comercio y entra en el universo de ellos. Aun-

Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, Senado de la República, 13 de marzo de 2018, <https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/analisisinvestigacion/observatorio/nc-firma-cptpp-130318> (consultado: 29 de abril de 2021).

que el T-MEC no es denominado “de libre comercio”, por una postura del presidente Trump en rechazo del libre comercio, concretamente, al TLCAN; en su preámbulo se señala frecuentemente²⁶ y se considera que es reemplazante del TLCAN.²⁷

Por otra parte, se puede considerar que es un acuerdo de libre comercio Plus, pues avanza en las condiciones de rigor en materia de propiedad intelectual, más allá del original ADPIC/TRIPS. Además, el nuevo T-MEC es también “heredero” del Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (TPP-11), que en su origen fue negociado también por Estados Unidos y que a la llegada al poder de Donald Trump fue rechazado, sin siquiera ser sometido a la aprobación de su poder legislativo.

Ahora bien, en el T-MEC hay muchas disposiciones que fueron tomadas del TPP original, ponemos como ejemplo el capítulo de propiedad intelectual. Sin embargo, precisamente en la materia de propiedad intelectual hay diferencias que pueden causar problemas de interpretación o de aplicación de normas específicas, y no sólo entre estos dos tratados, sino en el universo de tratados de libre comercio que México tiene celebrados con distintos Estados.

Por ejemplo, Canadá y México son partes del TPP-11, pero no Estados Unidos. Y, por otro lado, estos tres Estados son parte del T-MEC. Esta situación puede producir obligaciones diferentes y contradictorias para los Estados; y no sólo entre los tres mencionados, sino también con respecto de los Estados con los cuales México tiene celebrados tratados de libre comercio. Por eso, el TPP-11 contiene una cláusula que se denomina “cláusula de coexistencia”²⁸ que, por cierto, no tiene el T-MEC. Textualmente dice:

Artículo 1.2: Relación con otros Tratados.

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

²⁶ “ELIMINAR los obstáculos al comercio internacional que sean más restrictivos del comercio de lo necesario” (preámbulo del T-MEC).

²⁷ “REEMPLAZAR el Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994 con un nuevo acuerdo de alto estándar del siglo XXI para apoyar el comercio mutuamente benéfico que conduzca a mercados más libres y justos, y al crecimiento económico sólido en la región...” (preámbulo del T-MEC).

²⁸ Véase Manuel Becerra Ramírez, “El Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico (TPP) a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, en Manuel Becerra Ramírez y Roberto Martínez Olivera (coords.), *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual: el reto del equilibrio*, México, IJJ-UNAM/Anafam, 2018, pp. 299-317.

Parte y al menos otra Parte sean parte, sus derechos y obligaciones existentes con respecto a la otra Parte o Partes, según sea el caso.

2. Si una Parte considera que una disposición del presente Tratado es incompatible con una disposición de otro tratado en el que ésta y al menos otra Parte sean parte, a solicitud, de las Partes relevantes del otro tratado consultarán con miras a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria. Este párrafo es sin perjuicio de los derechos y obligaciones de una Parte de conformidad con el Capítulo 28 (Solución de Controversias).

Como vemos, la cláusula de coexistencia en principio remite al acuerdo mutuo para “alcanzar una solución mutuamente satisfactoria”, pero las partes también pueden recurrir al capítulo de solución de controversias. En el sistema jurídico nacional, en caso de contradicción se debe de preferir, en primer lugar, la norma constitucional y después la de los tratados. Si se prefiere, como debe de ser, la aplicación de la norma constitucional en detrimento de la internacional, sabemos, de acuerdo con la CVDT,²⁹ incurrirá el Estado en responsabilidad internacional.

Pero supongamos que haya contradicción entre los tratados y no se solucione por mutuo acuerdo, entonces se tendrá que recurrir a los sistemas de solución de controversias y, en tal caso, quien resuelva tendrá que aplicar el sistema de interpretación de los tratados que contiene la CVDT, la cual contiene ya normas en materia de sucesión de tratados, como lo vimos anteriormente, en el artículo 30 de la Convención.

En términos generales, lo que guía la solución de controversias es el principio general del derecho: una norma posterior prevalece frente a la anterior. Ese mismo principio, en esencia, está contenido en artículo 59, también de la CVDT.

Ahora bien, es claro que, dentro del mar de tratados de libre comercio que México ha celebrado, podrían presentarse conflictos entre aquellos y lo que el T-MEC dispone. Tomemos, por ejemplo, el caso de la duración de las patentes. Al respecto, ADPIC establece en su artículo 33 que la protección otorgada expirará después de 20 años.³⁰ Sin embargo, en el caso del T-MEC, se permite la extensión de la duración de las patentes por “retrasos

²⁹ Recordemos el artículo 27 de la CVDT: “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”.

³⁰ “Artículo 33. Duración de la protección. La protección conferida por una patente no expirará antes de que haya transcurrido un período de 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud”.

irrazonables de la autoridad otorgante”,³¹ es decir, hay dos normas que son contradictorias, uno, la del ADPIC, que establece un plazo de vigencia de las patentes de 20 años y otra que permite su alargamiento.

El asunto de la contradicción se puede resolver fácilmente, pues cabe alegar la “cláusula de protección mayor” que tienen estos tratados y que, en el caso del T-MEC, se encuentra en el artículo 20.A.5, el cual permite que una parte pueda, “aunque no estará obligada a ello, prever una protección u observancia más amplia en su ordenamiento jurídico que la exigida por este capítulo, a condición de que tal protección u observancia no lo infrinja”.

Sin embargo, ésta es una cláusula heteroaplicativa, esto significa, que es necesario que el legislativo, en el caso de México al menos, reforme su Ley de la Propiedad Industrial. Mientras no se haga así, la extensión en cuestión no se podrá aplicar.

Pero, ¿qué sucedería si, por motivos de salud pública y además como política de desarrollo tecnológico, el legislativo decidiera no extender el plazo de vigencia de las patentes farmacéuticas, con el fin de acelerar la entrada al mercado de medicinas genéricas? En tal supuesto, México estaría cumpliendo con lo que dispone ADPIC, tratado del cual, recordemos, es parte; pero, por otro lado, no cumpliría con el T-MEC.

Este tipo de cuestionamientos jurídicos, que aquí planteamos como una hipótesis, se pueden producir frecuentemente con la ascensión de la importancia de los tratados internacionales, como un mecanismo de la globalización económica.

El T-MEC es un tratado enorme y complejo por su extensión. Es un tratado bastante amplio, se compone de 30 capítulos y una gran cantidad de

³¹ “Artículo 20.F.9. Ajuste de la Duración de la Patente por Retrasos Irrazonables de la Autoridad Otorgante.

1. Cada Parte hará sus mejores esfuerzos para procesar las solicitudes de patentes de una manera eficiente y oportuna, con el fin de evitar retrasos irrazonables o innecesarios.

2. Una Parte podrá disponer procedimientos para que los solicitantes de patentes soliciten la aceleración del examen de sus solicitudes de patente.

3. Si hubiere retrasos irrazonables en el otorgamiento de una patente por una Parte, esa Parte dispondrá los medios para que, a petición del titular de la patente, se ajuste el plazo de la patente para compensar dichos retrasos.

Para los efectos de este artículo, un retraso irrazonable incluye, al menos, un retraso en el otorgamiento de una patente de más de cinco años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud en el territorio de la Parte, o de tres años desde que se haya hecho la solicitud de examen, cualquiera que ocurra con posterioridad. Una Parte puede excluir de la determinación de dichos retrasos, los periodos de tiempo que no ocurran durante la o el examen de la solicitud de la patente por la autoridad otorgante; los periodos de tiempo que no sean directamente atribuibles a la autoridad otorgante; así como los periodos que sean atribuibles al solicitante de la patente”.

anexos, que por supuesto son parte del tratado. Así, llama la atención que incluya capítulos de medio ambiente (capítulo 24), anticorrupción (capítulo 27) o disposiciones de derecho laboral, que, afectando indudablemente al sistema jurídico interno, hacen necesario adecuar la legislación interna a los estándares que fija el tratado.

En este sentido es de sumo interés observar cómo la conformidad con un tratado de libre comercio de la magnitud del T-MEC requiere,³² para el caso de México, de una serie de cambios *en cascada*, como lo son las reformas laborales que se han impulsado en México y que estarían encaminadas a revertir el *corporativismo rígido* que caracterizó a la política sindical por la cual, en buena medida, el partido otrora en el poder (el PRI) pudo asegurar su permanencia en el gobierno a lo largo de siete décadas ininterrumpidas, desde su fundación como Partido Nacional Revolucionario en 1929, cooptando a las representaciones sindicales y controlando movimientos obreros.³³

Además, el T-MEC es un tratado “expansivo” porque convoca a la aplicación de otras normas convencionales y consuetudinarias. En efecto, dicho carácter expansivo se manifiesta en la obligación de adoptar otros tratados: “Cada Parte deberá ratificar o adherirse a cada uno de los siguientes acuerdos, en caso de no haberlo hecho todavía, a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo”. Por ejemplo, en concordancia con otros tratados de libre comercio, el T-MEC, en su artículo 20.A.7, establece la obligación de ser parte de otros tratados internacionales relativos a la propiedad intelectual, como por ejemplo al Protocolo de Madrid; Tratado de Budapest; Tratado de Singapur; UPOV 1991. Por lo cual el T-MEC se convierte en un tratado que llama a otros tratados. Lo interesante es que son tratados en donde no se discute

³² Al respecto, el T-MEC supera a otros tratados de libre comercio anteriores a él en cuanto al alcance de sus disposiciones en materia laboral; en ese sentido, México es compelido por el anexo 23-A de dicho Tratado a adoptar medidas específicas para garantizar el derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical misma, que van de la creación de una entidad independiente de conciliación y registro de sindicatos y acuerdos de negociación colectiva y de cortes laborales independientes encargadas de la adjudicación en disputas laborales, a la implementación del voto libre y seguro y de otros principios de democracia sindical dentro de la vida interna de los sindicatos en México; claramente, la reforma laboral de mayo de 2019 responde a lo anterior, pactado en el T-MEC. Véase “Labor Rights and the United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)”, US Department of Labor, <https://www.dol.gov/agencies/ilab/our-work/trade/labor-rights-usmca>; Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, Chapter 23, Annex 23-A, Worker Representation in Collective Bargaining in Mexico, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/23-Labor.pdf>.

³³ Véase Graciela Bensusán, “Organizing Workers in Argentina, Brazil, Chile and Mexico: The Authoritarian-Corporatist Legacy and Old Institutional Designs in a New Context”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 17, núm. 1, Gruyter GmbH, 2016, pp. 139 y ss.

su pertenencia, sus bondades o aspectos negativos, como debería de ser, pues pasan en el paquete de un tratado central, que en este caso es el T-MEC.

Así, si México debe ser parte del tratado sobre variedades vegetales, denominado UPOV-91, el órgano de control interno, que para el caso de México es el Senado, debería de detenerse a analizar la conveniencia, o no, de adoptar este tratado, tomando en cuenta el estado en que se encuentra el campo mexicano, ya que su adopción indudablemente repercutirá en el desarrollo del sector agrícola a nivel nacional.

XI. EL PROTOCOLO MODIFICATORIO AL T-MEC

Después de haber sido negociado y firmado, el T-MEC fue sometido a la aprobación del Congreso estadounidense. En esta etapa, y procediendo de forma inusual, los legisladores del Partido Demócrata impulsaron la modificación del tratado, que ya se encontraba en camino a su implementación dentro del orden doméstico estadounidense. Al verse interrumpido, aunque en realidad no se abrió a renegociación, pues los cambios propuestos por el poder legislativo estadounidense fueron aceptados sin modificación por Canadá y México, sí tuvieron que ser pasados por el órgano legislativo interno para su aprobación.

Si bien inusual, este requisito de modificaciones dentro del Legislativo estadounidense no es inusitado. Recordemos que en el caso del TLCAN se firmaron las llamadas Cartas Paralelas,³⁴ las cuales, en la práctica, eran modificaciones de dudosa legalidad a dicho tratado, ya que no fueron firmadas por los autorizados por el derecho de los tratados y ni siquiera pasaban por el órgano legislativo de México, es decir, el Senado. Además, hay que decirlo, ante la afirmación de que estas cartas paralelas puedan ser consideradas como parte del derecho consuetudinario, esta es una práctica que sólo se conoce en Estados Unidos, por lo que no podrían constituir una costumbre internacional.

En el caso concreto del T-MEC, derivado del proceso de aprobación dentro del Congreso estadounidense surgió una modificación del mismo tratado que todavía no entraba en vigor, ya que no se había ratificado. Es así que se nos presenta un primer fenómeno: la modificación de un tratado que todavía no entraba en vigor. El segundo fenómeno es que se realiza una modificación sin que ésta sea resultado de una negociación, como normalmente sucede con los tratados internacionales.³⁵

³⁴ Rodolfo Cruz Miramontes, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas ‘cartas paralelas’”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, México, 2001, pp. 12-164.

³⁵ En realidad, el Protocolo no fue una propuesta ni de Canadá ni de México; fueron exigencias del Representante de Comercio y algunos miembros del Congreso de EE.UU. En

El asunto trascendente para fines de este trabajo es que el protocolo realiza modificaciones a varias partes del T-MEC, en lo que se refiere a PI y, en forma más concreta, a los farmacéuticos. Los temas que se modificaron fueron varios; aquí nos interesa detenernos en uno que seguro podría causar un problema de carácter binacional.

En materia de patentes se suprime el párrafo que se refería a las patentes de nuevo uso;³⁶ que es lo que se conoce también como *reverdeamiento*. Con lo cual ya no se permiten las patentes de segundos usos. Ahora bien, el reconocimiento de las patentes de segundo uso es bastante polémico, de alguna manera significa una prolongación del plazo de su vigencia, que vuelve a contarse indebidamente; es decir, no puede decirse que una patente es nueva cuando ya se otorgó para una invención farmacéutica y de pronto se descubre que tiene un uso diferente al original. Técnicamente se puede decir que este tipo de patentes no es nuevo, sino que, al contrario, carece de novedad, no tiene un mérito inventivo; lo innova, quizá, radicaría en el descubrimiento de otro resultado en el organismo, no en el producto.³⁷

Ciertamente, quienes promueven este tipo de patentes secundarias son las grandes empresas transnacionales de origen estadounidense, ya que ni México ni Canadá abogaron para que se incluyeran. Y sin embargo fueron removidas del T-MEC, precisamente por el poderoso cabildeo que realizó el partido Demócrata en el poder legislativo de EE.UU. En efecto, ni los negociadores canadienses, ni los demócratas en el legislativo estadounidense querían las patentes de segundo uso, fundamentalmente por su impacto negativo en el acceso de la población a los fármacos, siendo además que se oponen al derecho humano a la salud, y no son populares para todo gobierno, pues los medicamentos de patente se valúan en precios irrisorios.

Por esto, llama la atención el caso de México, que al adoptar su Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (LFPI) el 1 de julio de 2020,

efecto: “The U.S. Trade Representative (USTR) and some Members of Congress negotiated proposed changes to the USMCA to address ongoing congressional concerns. USTR then negotiated the amendments with USMCA parties”, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11391>.

³⁶ El párrafo suprimido del artículo 20:36 es “Sujeto a los párrafos 3 y 4 y de conformidad con el párrafo 1, cada Parte confirma que las patentes están disponibles para invenciones que se reivindiquen como al menos uno de los siguientes: nuevos usos de un producto conocido, nuevos métodos de usar un producto conocido, o nuevos procedimientos de uso de un producto conocido”.

³⁷ Karla Minutti Pérez, “Patentes de segundo uso en el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica”, en Rafael Pérez Miranda y Manuel Becerra Ramírez (coords.), *En la frontera de la propiedad intelectual*, México, UAM Azcapotzalco, 2019, pp. 301-308.

haya incluido en su legislación las patentes de segundo uso, en abierta violación del Protocolo Modificatorio del T-MEC.

Artículo 45. Para los efectos del presente capítulo se entenderá por:

I. Nuevo, todo aquello que no se encuentre en el estado de la técnica. No se excluirá de la patentabilidad a cualquier sustancia, compuesto o composición comprendida en el estado de la técnica, *siempre y cuando su utilización sea nueva* (cursivas nuestras).

Esta postura del legislativo mexicano, a todas luces violatoria del Protocolo Modificatorio del T-MEC, también es violatoria de la Constitución que en su artículo 1 contiene un bloque constitucional de derechos humanos, en el que se encuentra el derecho a la salud. Y aún más, esta postura del trascendió hasta el Congreso de Estados Unidos y varios legisladores de la Cámara de representantes de los Estados Unidos³⁸ enviaron una carta al presidente de la Comisión de Economía de la Cámara de Senadores³⁹ en la que recordaron que un sector de los demócratas peleó por garantizar el “acceso oportuno a medicinas”, afirmando contundentemente: “We believe it would be unnecessary and harmful to public health interests in Mexico to include language which allows patents to be granted for new uses as it would restrict the timely introduction of medicine in Mexico”.

Es indudable que la aceptación de las patentes de segundo uso en el artículo 45-1 de la LFPPI es una desafortunada violación del derecho constitucional mexicano y del derecho internacional.

XII. CONCLUSIONES

A partir de que el ADPIC, originado en la negociación de la Ronda Uruguay del GATT, da motivo a la inserción de la PI en los tratados internacionales de libre comercio, los tratados en esta materia han desarrollado características específicas, que inclusive se encuentran en un proceso evolutivo. El caso paradigmático es el Acuerdo de Doha que ha producido la necesidad de establecer el concepto de flexibilidades en los tratados de este género. Lo cual, a su

³⁸ Jan Schakowsky, miembro del Subcomité de Protección al Consumidor, perteneciente al Comité de Energía y Comercio; Earl Blumenauer, presidente del Subcomité de Comercio, perteneciente al Comité de Medios y Arbitrios; y Rosa L. DeLauro, miembro del Subcomité de Trabajo, Salud y Servicios Humanos, perteneciente al Comité de Apropiaciones.

³⁹ Comentarios a dicha carta puede verse en el periódico *El Economista*, <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Medicamentos-asequibles-en-riesgo-alertan-20200629-0013.html> (consultado: 21 de octubre de 2020).

vez, ha puesto sobre la mesa la necesidad de hacer un ejercicio de interpretación de los tratados de dicha índole en busca de su objeto y fin.

Ello significa un resurgimiento de la soberanía de los Estados como agentes prominentes sobre todo en materia de salud pública, ámbito en el cual surge la necesidad de reconocer las flexibilidades; que, por otro lado, podemos afirmar, existen en otras áreas más allá de la salud (el ejemplo que aquí utilizamos es el de los derechos de autor), e incluso, con respecto a otros tratados de libre comercio que contienen reglas de PI.

Ante la inmensidad de tratados sobre PI que el Estado mexicano ha celebrado, se presenta la necesidad de recurrir a las reglas de interpretación de los tratados para resolver problemas de colisión.

Por otra parte, se puede ver que la normalidad de las negociaciones de los tratados internacionales con los tratados sobre IP también ha sufrido modificaciones con el Protocolo de modificación al T-MEC. En efecto, lo normal es que las negociaciones de un tratado terminen con la firma del mismo, sin embargo, en el caso del T-MEC el poder legislativo estadounidense hizo modificaciones ulteriores sustanciales al tratado en cuestión.

Se observa entonces que, no obstante la aprobación por el Senado mexicano del Protocolo de Modificación del T-MEC, legislar en contra de dicho protocolo significaría potencialmente incurrir en responsabilidad internacional en relación con sus dos socios comerciales y, a nivel interno, una violación a los artículos 133 (la supremacía de los tratados internacionales) y 1o. (el derecho humano a la salud; así como el requisito de interpretar progresivamente los derechos humanos) de la constitución mexicana.

XIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “El Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico (TPP) a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, en Manuel BECERRA RAMÍREZ y Roberto MARTÍNEZ OLIVERA (coords.), *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual: el reto del equilibrio*, México, IJ-UNAM/Anafam, 2018.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “El capitalismo del conocimiento y la propiedad intelectual”, en Salvador D. BERGEL y Sandra C. NEGRO (eds.), *Propiedad intelectual. Presente y Futuro. Homenaje al profesor Carlos María Correa*, Buenos Aires, Editorial B de F/Julio César Taira editor, 2019.

- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, 2a. ed., México, Porrúa/IIJ-UNAM, 2017.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “La propiedad intelectual en transformación. El Acuerdo sobre los ADPIC, 20 años después. Líneas generales”, en Rafael PÉREZ MIRANDA y Manuel BECERRA RAMÍREZ (coords.), *En la frontera de la propiedad intelectual*, México, UAM Azcapotzalco, 2019.
- CEIGB, “Once países firman el Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP): implicaciones geopolíticas, contenidos esenciales y su importancia para México”, Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, Senado de la República, 13 de marzo de 2018, <https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/analisisinvestigacion/observatorio/nc-firma-cptpp-130318>.
- CORREA, Carlos M., “Repercusiones de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, WHO/EDM/PAR/2002”, OMS, junio de 2002.
- FICSOR, Mihály, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, Bogotá, UNESCO/CERLALC/Dirección General del Derecho de Autor, 2007.
- GARDINER, Richard, *Treaty Interpretation*, Reino Unido, Oxford University Press, 2008.
- MINUTTI PÉREZ, Karla, “Patentes de segundo uso en el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica”, en Rafael PÉREZ MIRANDA y Manuel BECERRA RAMÍREZ (coords.), *En la frontera de la propiedad intelectual*, México, UAM Azcapotzalco, 2019.
- ORTIZ LÓPEZ, Carlos Alberto, “Algunos aspectos de la propiedad intelectual en el entorno digital”, en Evelyn TÉLLEZ CARBAJAL (coord.), *Derecho y TIC. Vertientes actuales*, México, IIJ-UNAM, 2016.
- ROFFE, Pedro, *América Latina y la Nueva Arquitectura Internacional de la Propiedad Intelectual: de los ADPIC-TRIPS a los Nuevos tratados de libre comercio*, Buenos Aires, UBA/La Ley, 2007.

2. Artículos

- BENSUSÁN, Graciela, “Organizing Workers in Argentina, Brazil, Chile and Mexico: The Authoritarian-Corporatist Legacy and Old Institutional Designs in a New Context”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 17, núm. 1, Gruyter GmbH, 2016.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas ‘cartas paralelas’”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, México, 2001.

EL FRACASO DEL CONSENSO COMO MÉTODO PARA ADOPTAR DECISIONES EN LAS NEGOCIACIONES DE CAMBIO CLIMÁTICO

Rodolfo GODÍNEZ ROSALES

A María Teresa, *ma belle*.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático e instrumentos conexos*. III. *Reglas de Procedimiento de la CMNUCC*. IV. *Propuesta de México y Papúa Nueva Guinea*. V. *Propuesta de la Federación de Rusia*. VI. *Análisis de las propuestas en la COP 19*. VII. *Comentarios finales*. VIII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La complejidad y alcance de los problemas ambientales requiere de una sólida cooperación internacional que brinde soluciones a temas tan apremiantes como el cambio climático, la pérdida de la biodiversidad, la desertificación, el tráfico ilícito de especies y el movimiento transfronterizo de desechos, entre otros.

La cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales, ha sido reconocida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como uno de los ejes fundamentales del derecho internacional (párrafo preambular 2).

En 1969, año en que se adoptó la Convención de Viena, la comunidad internacional se encontraba en una etapa incipiente de desarrollo de los principios ambientales que hoy nos rigen, entre ellos, el desarrollo sostenible, el que contamina paga, el principio precautorio, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, la soberanía sobre los recursos naturales y la

obligación de no causar daño ambiental a otros Estados o áreas fuera de la jurisdicción nacional.¹

A ello se suman los numerosos estudios científicos que, en la década de los sesenta, alertaron sobre la creciente degradación de los ecosistemas y los consecuentes daños en la salud humana. Con base en esta evidencia, así como en los nacientes movimientos ambientalistas que demandaban acciones concretas por parte de los gobiernos, se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, Suecia, 5 a 16 de junio de 1972).²

La conferencia emitió una Declaración y un Plan de Acción, ambos instrumentos no jurídicamente vinculantes (*soft law*), que permitieron sentar las bases del derecho ambiental internacional y de numerosas instituciones pioneras en este ámbito, entre ellas el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).³

Estas normas e instituciones se desarrollaron gradualmente, en particular durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, Brasil, 3 a 14 de junio de 1992),⁴ en la cual se adoptaron tres instrumentos no jurídicamente vinculantes (Declaración de Río, Agenda 21 y Declaración de Bosques), y dos vinculantes (Convenio sobre la Diversidad Biológica y Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático [CMNUCC]).

En reuniones subsecuentes, como la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, Sudáfrica, 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río de Janeiro, Brasil, 20 a 22 de junio de 2012), los países se limitaron

¹ Philippe Sands y Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 187-237.

² El informe preparatorio de la Conferencia contó con la participación de 152 consultores de 58 países y se publicó posteriormente en forma de libro. Su versión española puede consultarse en Bárbara Ward y René Dubos, *Una sola tierra*, México, FCE, 1984.

³ El PNUMA fue establecido por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 2997 (XXVII) del 15 de diciembre de 1972. El diseño y formulación de las políticas del organismo originalmente recayó en un Consejo de Administración con una membresía limitada a 58 Estados. En 2013, mediante la Resolución 67/251, el Consejo de Administración cambió su nombre por el de Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, cuya composición es universal, es decir, abierta a la participación de todos los Estados.

⁴ Uno de los informes que sirvió de base a la Conferencia es “Nuestro futuro común” elaborado por la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo (Comisión Brundtland). Véase World Commission on Environment and Development, *Our common future*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

a emitir declaraciones de carácter político, reiterando los resultados alcanzados en conferencias previas.

La adopción de la CMNUCC en 1992 permitió a la comunidad internacional contar con un foro específico de negociación⁵ que, como veremos más adelante, no ha estado a la altura de la actual emergencia climática.

El incremento del nivel del mar, el derretimiento de glaciares y zonas polares, huracanes, inundaciones, deslaves y sequías, son fenómenos asociados a la variabilidad climática extrema. Si bien toda la población se encuentra expuesta a estos riesgos, son los sectores que ya se encuentran en situaciones vulnerables —debido a factores como la pobreza, el género, la edad, la condición de minoría y/o la discapacidad—, los que resienten las peores consecuencias. A lo anterior se suma la capacidad acumulativa y persistencia de los gases de efecto invernadero en la atmósfera, lo cual afecta no sólo a las generaciones presentes, sino también a las futuras.

La evidencia científica indica que el calentamiento global ha alcanzado niveles insostenibles y que es necesario adoptar medidas para que el aumento mundial de la temperatura no alcance los 2 °C, umbral que se considera peligroso de sobrepasar.⁶ La adopción de un límite para la elevación de la temperatura promedio se basa en la información científica disponible, particularmente en los trabajos del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés).⁷

Hoy en día, el cambio climático se ha posicionado como uno de los principales temas de la agenda internacional. Numerosos líderes políticos y sociales han reconocido que el único modo de atender de manera efectiva este problema es a través de una transformación radical de nuestro paradig-

⁵ La Convención reconoce diversos grupos de negociación, entre ellos el Grupo Umbrella, cuya membresía incluye a países Anexo I como Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Rusia y Japón; la Unión Europea con todos sus miembros pertenecientes al Anexo I; el Grupo de los 77 y China que reúne a países No Anexo I; y el Grupo de Integridad Ambiental que es el único que integra a países Anexo I (Liechtenstein, Mónaco, Suiza) y No Anexo I (Corea del Sur, Georgia, México).

⁶ Se estima que antes de la revolución industrial existía una concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera de 290 partes por millón (ppm), actualmente la concentración supera los 410 ppm. La Organización Meteorológica Mundial indica que, durante el periodo 2015-2019, la tasa de aumento del CO₂ fue casi 20% superior a la de los cinco años anteriores. Véase World Meteorological Organization, *The Global Climate in 2015-2019*, Ginebra, 2019, p. 4.

⁷ El Panel ha publicado el resultado de sus investigaciones en cinco Reportes de Evaluación (1990, 1995, 2001, 2007 y 2014). Actualmente prepara un sexto reporte que se estima concluir en 2022. El IPCC ha recibido importantes reconocimientos por su trabajo, como el Premio Nobel de la Paz en 2007. Véase <http://www.ipcc.ch/>.

ma de desarrollo, incluyendo cambios en los modelos de producción económica, los patrones de consumo y las fuentes de abastecimiento de energía.

II. CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO E INSTRUMENTOS CONEXOS

La CMNUCC tiene por objetivo lograr “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático” (artículo 2).

Para alcanzar tal objetivo, la Convención estableció como meta para los países Anexo I⁸ la estabilización de sus emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) del año 2000 al nivel de las existentes en 1990. Sin embargo, en virtud de que la reducción de GEI implica reconvertir procesos industriales, modificar esquemas de consumo, desarrollar nuevas tecnologías y realizar acciones de largo plazo que implican fuertes inversiones en todos los sectores de la economía (energía, transporte, agricultura, cambios en el uso de suelo, manejo de bosques y manejo de basura, entre otros), esta meta no logró cumplirse.

Con el fin de fortalecer las medidas contra el cambio climático, en 1997 se adoptó el Protocolo de Kyoto, mediante el cual 37 países desarrollados en conjunto con la Unión Europea se comprometieron a reducir sus emisiones de GEI durante el periodo 2008-2012 en al menos 5.2% respecto a los niveles existentes en 1990. Cabe aclarar que esta meta era de carácter colectivo, toda vez que a cada país desarrollado, en lo individual, correspondían metas diferenciadas.

Al igual que la CMNUCC, el Protocolo de Kyoto enfrentó retos para su cumplimiento, entre ellos una entrada en vigor tardía, ocho años después de su adopción, y la negativa de Estados Unidos en ratificarlo, país que en esa época era el principal emisor mundial *per cápita* de GEI. Por ello no es de extrañar que en 2012, año en que concluyó el primer periodo de compromisos del Protocolo, la meta colectiva no fuese alcanzada.

A ello se sumó el hecho de que las metas de los países desarrollados contempladas tanto en la CMNUCC como en el Protocolo de Kyoto no eran suficientes para combatir de manera efectiva el cambio climático, toda vez

⁸ La CMNUCC incluye en su Anexo I a aquellos países que poseen las mayores capacidades económicas y tecnológicas para alcanzar las metas de reducción de GEI (países desarrollados), en tanto que se consideran como países no Anexo I aquellos que no poseen dichas capacidades (países en desarrollo).

que los países Anexo I, en su conjunto, abarcan menos de la mitad de las emisiones globales, proporción que está disminuyendo conforme crece el peso de las naciones en desarrollo en la economía mundial.

Uno de los temas más controversiales en las negociaciones ha sido la manera en que todos los países deben contribuir en los esfuerzos de mitigación de emisiones.⁹ Si bien la diferenciación entre países Anexo I y no Anexo I representó un primer acercamiento a esta problemática, es evidente que se requieren esfuerzos adicionales para reducir el incremento de la temperatura global.

La apertura de los países en desarrollo para adquirir compromisos de mitigación ha sido variada, la mayor parte de las veces vinculada a condiciones de financiamiento y transferencia de tecnología provenientes de países Anexo I, y siempre bajo el marco del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

En este contexto, durante la Décimo Tercera Conferencia de las Partes [COP 13] (Bali, Indonesia, 3 a 15 de diciembre de 2007), la comunidad internacional decidió iniciar un proceso de dos años para fortalecer el régimen climático en el periodo posterior a 2012. Para lograr tal objetivo, las Partes adoptaron el Plan de Acción de Bali y establecieron dos grupos de trabajo:

- El Grupo de Trabajo Especial sobre la Cooperación a Largo Plazo en el marco de la Convención (AWG-LCA, por sus siglas en inglés), cuyo objetivo era negociar un instrumento jurídico con base en cinco pilares: visión de largo plazo, mitigación, adaptación, tecnología y financiamiento.
- El Grupo de Trabajo Especial sobre nuevos compromisos de las Partes del Anexo I bajo el Protocolo de Kyoto (AWG-KP, por sus siglas en inglés), con miras a adoptar un segundo periodo de compromisos inmediatamente después de la conclusión del primero, y con ello evitar un vacío entre ambos.

Los dos grupos tenían el mandato de presentar sus conclusiones a la Décimo Quinta Conferencia de las Partes [COP 15] (Copenhague, Dinamarca, 7 a 18 de diciembre de 2009), sin embargo, las profundas diferencias sobre cómo

⁹ Por un lado, los países desarrollados aducen el argumento cuantitativo (volumen de emisiones de todas las economías, incluidas la emergentes), mientras que algunos países no Anexo I destacan la responsabilidad histórica de las naciones desarrolladas (volumen de emisiones más el tiempo transcurrido desde su industrialización), así como los patrones excesivos de consumo de sus ciudadanos.

asegurar que todos los países contribuyeran en los esfuerzos de mitigación de emisiones, impidieron alcanzar un mínimo consenso. Por lo tanto, la COP 15 fracasó en su intento de adoptar un nuevo instrumento jurídico y en su lugar se emitió una declaración política que reconocía la necesidad de proseguir los trabajos para tal fin.

Por ello, las negociaciones continuaron durante la Décimo Sexta Conferencia de las Partes [COP 16] (Cancún, México, 29 de noviembre a 11 de diciembre de 2010), en cuyo plenario final la presidencia de la COP 16, que recaía en México como país sede, presentó un documento para consideración de las Partes, conocido como los Acuerdos de Cancún.

El texto fue aceptado por todos los países, salvo Bolivia, a quien se concedió la palabra para que explicara su posición. Al contar con el apoyo del resto de la membresía la presidencia señaló que consenso no significa unanimidad y dio un martillazo como símbolo de la adopción de los Acuerdos.¹⁰

Habiendo restaurado la confianza en el proceso multilateral, las Partes decidieron crear durante la Décimo Séptima Conferencia de las Partes [COP 17] (Durban, Sudáfrica, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 2011), el Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una Acción Reforzada (ADP, por sus siglas en inglés), con el mandato de iniciar un proceso para elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión jurídica en el marco de la Convención, que fuera aplicable a todas las Partes, el cual debería completarse a más tardar en 2015 a efecto de que pudiera ser adoptado por la COP 15 y entrara en vigor y se aplicara a partir de 2020.¹¹

De este modo, tras décadas de altas y bajas en las negociaciones climáticas, en la Vigésimo Primera Conferencia de las Partes [COP 21] (París, Francia, 30 de noviembre a 12 de diciembre de 2015), se logró el objetivo de adoptar un nuevo instrumento jurídicamente vinculante, conocido como Acuerdo de París.¹²

¹⁰ Socorro Flores Liera, *La Conferencia de Cambio Climático de Cancún. Un nuevo paradigma de desarrollo*, México, SRE, 2012, p. 112.

¹¹ United Nations Framework Convention on Climate Change, FCCC/CP/2011/L.10, *Establishment of an Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action*, 10 de diciembre de 2011.

¹² Para un resumen del contenido del Acuerdo, así como de las negociaciones que permitieron adoptarlo, véase Beatriz Bugada Bernal, “Así está decidido. El Acuerdo de París de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, en *21 Visiones de la COP 21*, México, Programa de Investigación en Cambio Climático-Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, pp. 31-41.

Si bien el Acuerdo representó un éxito de la diplomacia multilateral, algunos de sus artículos reflejan la denominada “ambigüedad constructiva” que implica negociar una redacción vaga a cambio de obtener el consenso para su adopción. Tal ambigüedad ha provocado problemas en la implementación del Acuerdo y ha impedido que algunas de sus disposiciones sean operativas.

Ejemplo de ello es el artículo 6, el cual se refiere a la posibilidad de que algunos países utilicen los mecanismos de cooperación conocidos como “Resultados de mitigación de transferencia internacional (Internationally transferred mitigation outcomes [ITMOs])” para cumplir con sus metas de mitigación. Estos mecanismos, que involucran el acceso a mercados de carbono, aún carecen de una definición concreta y no existen reglas para su instrumentación.¹³

Otro aspecto duramente criticado del Acuerdo de París es la adopción de un enfoque “De abajo hacia arriba (*bottom-up*)”, en donde cada Parte presentó sus compromisos de manera unilateral a través de las denominadas Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDCs),¹⁴ enfoque contrario al seguido por el Protocolo de Kyoto: “De arriba hacia abajo (*top-down*)”, mediante el cual las metas fueron resultado de una negociación multilateral que las distribuyó conforme a las responsabilidades de cada país.¹⁵

Como resultado del enfoque “De abajo hacia arriba”, la suma de los compromisos de mitigación ofrecidos por las Partes bajo el Acuerdo de París a través de sus NDCs, no atiende en modo alguno el objetivo de: “Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1.5 °C” (artículo 2.1 inciso a), toda vez

¹³ Los ITMOs podrían facilitar el cumplimiento de compromisos de mitigación de países desarrollados, fungir como fuente de financiamiento para acciones en países en desarrollo y fortalecer la participación del sector privado. El tema trató de resolverse durante la Vigésimo Quinta Conferencia de las Partes [COP 25] (Madrid, España, 2 a 15 de diciembre de 2019), pero no se alcanzó ningún consenso. El punto de agenda se postergó para la Vigésimo Sexta Conferencia de las Partes [COP 26] (Glasgow, Reino Unido, noviembre de 2020), reunión que tuvo que ser pospuesta en virtud de la pandemia de COVID-19.

¹⁴ El artículo 4.12 del Acuerdo de París dispone que “Las contribuciones determinadas a nivel nacional que comuniquen las Partes se inscribirán en un registro público que llevará la secretaría”. Tal registro puede ser consultado en <https://www4.unfccc.int/sites/NDCS-tagging/Pages/Home.aspx>.

¹⁵ Para un análisis detallado de estos enfoques véase Rafael Leal Arcas, “Top-down versus bottom-up approaches for climate change negotiations: an analysis”, *The IUP Journal of Governance and Public Policy*, Pensilvania, vol. 6, núm. 4, diciembre de 2011.

que el curso actual podría ocasionar una elevación superior a los 4 grados centígrados.

Como puede observarse, prevalece una brecha entre las metas existentes y las necesidades que documenta la ciencia, lo cual es conocido como la “brecha de emisiones (*emissions gap*)”. Cabe recordar que la mayoría de las primeras NDCs se presentaron en 2015, por lo que de conformidad al artículo 4.9 del Acuerdo de París, que dispone que las Partes deberán “...comunicar una contribución determinada a nivel nacional cada cinco años”, la actualización de las mismas tendrá que presentarse en 2020 con miras a cerrar esta brecha.¹⁶

III. REGLAS DE PROCEDIMIENTO DE LA CMNUCC

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

Como es evidente, la adopción de un tratado se realiza en un tiempo determinado y bajo circunstancias específicas. Por ello, los tratados poseen disposiciones para, una vez que entran en vigor, reunir a las Partes cada cierto tiempo y realizar revisiones sobre su implementación y, de ser necesario, hacer las actualizaciones que correspondan.

Esa revisión es particularmente importante en los temas vinculados al medio ambiente, en donde los avances tecnológicos, nuevos descubrimientos científicos, etc., pueden desfazar las disposiciones de un tratado.

En el caso de la CMNUCC la revisión se realiza anualmente a través de la Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la Convención, quien examina regularmente su implementación. Para tal fin, la COP “Acordará y aprobará, por consenso, su reglamento y reglamento financiero, así como los de los órganos subsidiarios” (artículo 7.2, inciso k). Asimismo, deberá “en su primera reunión, adoptar sus propias reglas de procedimiento así como las de los órganos subsidiarios establecidos por la Convención...” (artículo 7.3).

En la primera reunión de la COP (Berlín, Alemania, 3 a 14 de junio de 1995), si bien las Partes negociaron un borrador de Reglas de Procedimiento,¹⁷

¹⁶ A efecto de cumplir con el artículo 2.1 del Acuerdo de París, la comunidad internacional debería reducir sus emisiones de GEI en 2.7% anual de 2020 a 2030 para el objetivo de 2 °C y en 7.6% anual para el objetivo de 1.5 °C. Véase United Nations Environment Programme, *Emissions Gap Report 2019*, Nairobi, noviembre de 2019, p. 26.

¹⁷ Las Reglas de Procedimiento tienen por objeto detallar la operación y funcionamiento de las Conferencias de las Partes. Por ejemplo, regulan la participación de los delegados y

no fue posible adoptarlo por diferencias en la Regla 42, relativa a los procedimientos de votación. En consecuencia, desde 1995 el borrador se aplica de manera provisional, salvo la mencionada Regla 42 que permanece entre corchetes.¹⁸

La aplicación provisional de las Reglas de Procedimiento ha provocado que, en la práctica, los países no puedan ejercer su derecho al voto, violando con ello el artículo 18 de la CMNUCC que establece: "...cada Parte en la Convención tendrá un voto".

Al no existir un procedimiento acordado sobre cómo votar, la COP ha recurrido al consenso como la única manera de adoptar decisiones. Sin embargo, alcanzar el consenso en tratados multilaterales es una tarea ardua, toda vez que se trata de conciliar intereses de, en ocasiones, más de un centenar de miembros, con diferentes grados de desarrollo y prioridades nacionales. A ello se suma que el consenso carece de una definición concreta y ha estado sujeta a múltiples interpretaciones,¹⁹ incluso hay quien lo considera

observadores, las actividades del Buró y el Secretariado, la elección del Buró, el trabajo de los órganos subsidiarios, los procedimientos para la toma de decisiones, la preparación de reportes, el uso de los idiomas oficiales, etc. Véase Rodolfo Godínez Rosales, "Negociaciones ambientales internacionales", en *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Londres, CMP Publishing Ltd., 2010, p. 315.

¹⁸ El texto de la Regla 42 contenido entre corchetes es el siguiente:

[1. *Alternativa A.* Las Partes harán todo lo posible para llegar a un acuerdo por consenso respecto de todas las cuestiones de fondo. Si se agotan todos los esfuerzos por lograr consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la decisión, en última instancia, se tomará por mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes, salvo:

a) Que la Convención, las normas financieras mencionadas en el apartado k del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención o el presente reglamento dispongan otra cosa.][.]

b) Que se trate de la decisión de aprobar un proyecto de protocolo, lo que deberá adoptarse por [consenso] [mayoría de tres cuartos de las Partes presentes y votantes].][.]

c) Que se trate de decisiones relativas a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 y los párrafos 1, 3 y 4 del artículo 11 de la Convención, las que deberán adoptarse por consenso].

1. *Alternativa B.* Las decisiones sobre cuestiones de fondo deberán adoptarse por consenso, salvo cuando se trate de decisiones sobre cuestiones financieras, las que deberán adoptarse por mayoría de dos tercios.

2. Las decisiones de la Conferencia de las Partes sobre cuestiones de procedimiento se tomarán por mayoría de las Partes presentes y votantes [salvo cuando se trate de la adopción de una moción o propuesta de cerrar o limitar el debate o la lista de oradores, en cuyo caso se exigirá una mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes].

Véase United Nations Framework Convention on Climate Change, *FCCC/CP/1996/2, Organizational matters. Adoption of the Rules of Procedure*, 22 de mayo de 1996.

¹⁹ Para un análisis de las diversas interpretaciones del término consenso, véase Legal Response Initiative, *Issues on consensus in the UNFCCC Process*, Londres, 8 de diciembre de 2011, pp. 2 y 3.

sinónimo de unanimidad, lo cual plantea un escenario en donde una sola delegación puede ejercer, de facto, un derecho de veto.

En este tenor, y en línea con la posición expresada por la presidencia de México en la COP 16, durante las negociaciones de los Objetivos de Desarrollo Sostenible la delegación mexicana señaló:

Si se acepta que basta que una sola delegación objete total o parcialmente una propuesta para que esta no pueda ser adoptada por consenso, estaríamos frente una situación en la que se estaría otorgando un derecho de veto a dicha delegación.

Si coincidimos en que no hay, ni debe de haber derecho de veto en la Asamblea General, podemos concluir que hay consenso aun cuando alguna delegación haya manifestado objeciones.

México no reconoce ese derecho de veto a ninguna delegación, grande o pequeña y bajo ninguna circunstancia o tema. Ello atenta contra los principios democráticos más elementales.

El consenso es un principio y no una regla. El consenso no implica unanimidad y menos aún ha sido definido o regulado, y por ello mismo no figura en las reglas de procedimiento que nos rigen.²⁰

Como es sabido, en la toma de decisiones por consenso la Parte objetante puede mantener su oposición con muy pocos incentivos para alcanzar un acuerdo. Por el contrario, la posibilidad de acudir a una votación actúa generalmente como un elemento disuasorio que puede impulsar el diálogo y posiciones más flexibles. Por ello, el proceso de votación es en sí mismo una oportunidad para construir el consenso (*consensus-builder*).

La votación tiene diversos precedentes exitosos, incluidos instrumentos multilaterales como el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono,²¹ el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, así como el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF, por sus siglas en inglés), que si bien contemplan la posibilidad de acudir a la votación, no han tenido que recurrir a ella, aprobando sus decisiones por consenso. A ello se suma que la votación es la regla oficial en casi todas las instituciones

²⁰ Secretaría de Relaciones Exteriores, *Intervención durante la adopción de los métodos de trabajo del Grupo de Trabajo Abierto sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Nueva York, 14 de marzo de 2013.

²¹ Las Reglas de Procedimiento del Protocolo de Montreal señalan: "...las decisiones de una reunión sobre todas las cuestiones de fondo se tomarán por mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes" (Regla 40.1). Véase <https://ozone.unep.org/treaties/montreal-protocol-substances-deplete-ozone-layer/rules-of-procedure>.

financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM).

Por el contrario, las Convenciones de Río (cambio climático, biodiversidad y desertificación) representan una minoría al utilizar el consenso como único método para adoptar decisiones. El Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional y el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, se encuentran en la misma situación.

IV. PROPUESTA DE MÉXICO Y PAPÚA NUEVA GUINEA

Con el fin de mejorar los métodos de trabajo y definir con claridad los procedimientos para la adopción de decisiones, México y Papúa Nueva Guinea (PNG) presentaron en mayo de 2011 una propuesta para enmendar los artículos 7 y 18 de la CMNUCC con el objetivo de que las Partes puedan ejercer, tras agotar la búsqueda del consenso, su derecho al voto.²²

La propuesta promueve que cuando todos los esfuerzos para alcanzar el consenso hayan sido agotados, pueda recurrirse al voto como última medida. A fin de asegurar que las decisiones que se aprueben mediante el voto gocen del mayor apoyo posible, se propone un umbral de las tres cuartas Partes presentes y votantes para adoptar una decisión.²³ En algunos casos no se permitiría tal votación, en particular las decisiones relativas a temas financieros, incluyendo al Reglamento Financiero, mismos que seguirían adoptándose por consenso.

Un cambio fundamental es plantear que las Reglas de Procedimiento sean adoptadas por votación, permitiendo con ello superar el círculo vicioso que representa la actual redacción del artículo 7.2, inciso k de la Convención, que requiere del consenso para aprobar dichas Reglas, mismas que no han sido adoptadas por diferencias en la Regla 42, relativa a los procedimientos de votación.

La propuesta fue abordada en un grupo de trabajo facilitado por México durante la 34 sesión del Órgano Subsidiario de Implementación (Bonn, Alemania, 6 a 17 de junio de 2011), en un evento paralelo de las sesiones

²² United Nations Framework Convention on Climate Change, *DBO/JB/smb/Log 11-2036, Proposal from Papua New Guinea and Mexico to amend Articles 7 and 18 of the Convention*, 30 de mayo de 2011.

²³ Actualmente la CMNUCC cuenta con 197 Partes. Si todas ellas estuvieran presentes en una votación la mayoría podría alcanzarse con 148.

del AWG-LCA y AWG-KP (Ciudad de Panamá, 1 a 7 de octubre de 2011), y en consultas informales facilitadas por Colombia en la Décimo Séptima Conferencia de las Partes [COP 17] (Durban, Sudáfrica, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 2011).

En tal contexto, y tras recibir el apoyo expreso de Chile, Colombia, Panamá e Indonesia, así como comentarios de otras delegaciones, el 8 de diciembre de 2011 México y PNG presentaron una versión modificada de la propuesta.²⁴ En esta versión se propone que los dos párrafos nuevos que se agregarían al artículo 18 de la Convención sean redactados de la siguiente manera:

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 15, las Partes harán todo lo posible para llegar a un acuerdo por consenso respecto de todas las cuestiones. Si se agotan todos los esfuerzos por lograr el consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la decisión, en última instancia, se tomará por el voto de una mayoría de tres cuartos de las Partes presentes y votantes. No obstante, se adoptarán por consenso sin excepción:

- a) El reglamento financiero al que se refiere el párrafo 2k del artículo 7 de la Convención;
- b) Las decisiones relativas al párrafo 3 del artículo 4 y los párrafos 1, 3 o 4 del artículo 11 de la Convención.

4. Para los fines de este artículo, por “Partes presentes y votantes” se entiende las Partes presentes que emitan un voto afirmativo o negativo.

La propuesta fue retomada en la Décimo Octava Conferencia de las Partes [COP 18] (Doha, Qatar, 26 de noviembre a 9 de diciembre de 2012), en cuyo plenario la delegación de México señaló:²⁵

La falta de procedimientos adecuados para facilitar la toma de decisiones ha venido dificultando la eficacia de los trabajos bajo la Convención y esta situación se ha hecho cada vez más evidente. No es posible que en casi 20 años de deliberaciones sigamos sin contar con reglas de procedimiento definitivas y que con ello se facilite el abuso de los procedimientos y se hagan nugatorios derechos conferidos a las Partes bajo la Convención, en particular el derecho

²⁴ United Nations Framework Convention on Climate Change, *FCCC/CP/2011/4/Rev.1, Revised proposal from Papua New Guinea and Mexico to amend Articles 7 and 18 of the Convention*, 9 de diciembre de 2011; y Legal Response Initiative, *Proposal by Mexico and PNG to amend the COP's voting rules*, Londres, 24 de noviembre de 2011.

²⁵ Secretaría de Relaciones Exteriores, *Intervención en el tema 7 del Programa de Trabajo “Consideración de propuestas de las Partes para enmendar la Convención de conformidad con su artículo 15”*, Doha, 28 de noviembre de 2012.

al voto. Invertimos más tiempo en discutir procedimientos que en ocuparnos de la sustancia de los distintos temas, en momentos en que requerimos de acciones contundentes de la comunidad internacional para reducir impactos climáticos peligrosos.

Sin embargo, ante el escaso progreso alcanzado durante las consultas informales, el tratamiento del tema se pospuso hacia la Décimo Novena Conferencia de las Partes [COP 19] (Varsovia, Polonia, 11 a 23 de noviembre de 2013).

Cabe resaltar que la propuesta de México y PNG sigue el sistema tradicional de “un país-un voto (*one country-one vote*)”. Sin embargo, es claro que bajo este sistema los países que detentan un mayor poder geopolítico se verían desfavorecidos, al enfrentar un escenario en donde podrían ser vencidos en una votación por Estados más pequeños.

Como alternativa, algunos países expresaron la necesidad de enriquecer futuras versiones de la propuesta con otras opciones, entre ellas la votación por mayoría calificada doble (*double qualified majority voting*), la votación ponderada (*weighted voting*) y la votación diferenciada (*layered voting*).

La primera opción requiere reunir dos factores, por ejemplo una mayoría de tres cuartos que además requiriera una mayoría simple de un cierto número de países desarrollados y en desarrollo. La segunda opción brindaría mayor peso al voto de ciertas Partes dependiendo del nivel de sus emisiones, tamaño del PIB o de su población. La tercera opción plantearía una votación más elevada para asuntos más importantes o controversiales, por ejemplo, un umbral del 90% para temas financieros, voto de tres cuartos para asuntos sustantivos y voto por mayoría simple para cuestiones de procedimiento.²⁶

V. PROPUESTA DE LA FEDERACIÓN DE RUSIA

Durante la Octava Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto [COP MOP 8] (Doha, Qatar, 26 de noviembre a 9 de diciembre de 2012), se adoptó la enmienda de Doha, resultado de las negociaciones bajo el Grupo de Trabajo Especial sobre nuevos compromisos de las Partes del Anexo I bajo el Protocolo de Kyoto (AWG-KP).

La enmienda establece un segundo periodo de compromisos para el Protocolo de Kyoto que comprende del 1 de enero de 2013 al 31 de diciem-

²⁶ Luke Kemp, *Policy Brief: Majority Voting within the UNFCCC*, Canberra, Australian National University, 2013, pp. 4-5.

bre de 2020, y obliga a las Partes del Protocolo a revisar sus compromisos de mitigación de emisiones y mejorarlos hacia 2014.

En la sesión plenaria final de Doha, la presidencia qatarí sometió a consideración de la membresía la enmienda y dio un martillazo como símbolo de su adopción. Al hacer esto no concedió la palabra a la Federación de Rusia, quien la había solicitado desde su asiento en el plenario.

La Federación de Rusia, apoyada por Ucrania y Belarús, se inconformó con la presidencia por el procedimiento seguido, el cual en su opinión había violado la igualdad jurídica de los Estados al negarle el derecho de presentar su posición.²⁷

Como consecuencia, en la 38 sesión del Órgano Subsidiario de Implementación (Bonn, Alemania, 3 al 14 de junio de 2013), los tres países solicitaron incluir en la agenda el tema “asuntos procedimentales y legales relacionados con la toma de decisiones”. Ante la oposición de la membresía, toda vez que la propuesta se presentó de manera repentina²⁸ y, en todo caso, correspondería analizarla a la COP y no al SBI, no fue posible adoptar la agenda y eso impidió que el SBI sesionara durante dos semanas, con el consecuente desperdicio de recursos financieros y humanos.

En octubre de 2011, la Federación de Rusia entregó al Secretariado una carta²⁹ que criticaba fuertemente el proceso de toma de decisiones bajo la CMNUCC, señalando que el cumplimiento del borrador de las Reglas de Procedimiento era esencial para la legitimidad y fundamento jurídico de las decisiones de la COP MOP, añadiendo que la noción de consenso ha sido interpretada de muchas maneras provocando incertidumbres y controversias.

²⁷ Los tres países consideraron que el AWG-KP se había extralimitado en sus funciones toda vez que, con base en el artículo 15.2 de la CMNUCC, cualquier cambio que se hubiera querido plantear en relación a los nuevos compromisos debía haber sido notificado por el Secretariado de la Convención al menos 6 meses antes de ser sometido a la membresía, siendo que la enmienda de Doha no había sido presentada con tal antelación. Para mayor detalle sobre esta posición véase United Nations Framework Convention on Climate Change, *DBO/MSM/smb, Declaration by the Russian Federation as a transition country included in annex I to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, 17 de junio de 2013.

²⁸ Cabe señalar que la India expresó preocupación por la pretensión de incluir, sin previo aviso, temas en la agenda toda vez que a este país se le negó la posibilidad de incluir tres puntos de agenda durante la COP 17: equidad, comercio y propiedad intelectual (*equity, trade, intellectual property*).

²⁹ United Nations Framework Convention on Climate Change, *FCCC/CP/2013/INF.3, Background information relating to the proposal to include a sub-item entitled “Decision-making in the UN-FCCC process” on the provisional agenda of the nineteenth session of the Conference of the Parties*, 28 de octubre de 2013.

La carta también destaca la importancia de la transparencia en el proceso de la CMNUCC; resalta los principios básicos de Naciones Unidas en particular la igualdad soberana de todos sus miembros; llama a todas las Partes a trabajar de manera conjunta para adoptar las Reglas de Procedimiento de manera urgente; reitera que consenso no es sinónimo de unanimidad y que determinar si se ha alcanzado el consenso corresponde a las Partes y no a los delegados que funjan como presidentes; solicita una opinión legal al Secretariado de la CMNUCC respecto al significado del consenso; reitera la urgente necesidad de atender el tema de la votación como proceso de toma de decisiones bajo la CMNUCC; y finalmente requiere que los delegados que funjan como presidentes conduzcan las reuniones de manera imparcial y objetiva respetando el derecho de las Partes de expresar sus puntos de vista libremente y de manera completa en cualquier etapa de las reuniones, y al Secretariado que provea información a estos delegados sobre los procedimientos que deben seguir para cumplir sus funciones.

VI. ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS EN LA COP 19

El incidente registrado en la reunión del Órgano Subsidiario de Implementación en junio de 2013 hizo evidente una vez más la importancia de discutir la manera en que la COP tomaba decisiones y llamó la atención nuevamente a la propuesta de México y Papúa Nueva Guinea.

Durante la COP 19 el rubro de toma de decisiones fue dividido en tres puntos de agenda: 2b (adopción de las reglas de procedimiento), 6b (propuesta de México y PNG para enmendar la Convención) y 17d (toma de decisiones en el proceso de la CMNUCC —propuesta de la Federación de Rusia—).

En la sesión plenaria de apertura el presidente de la COP indicó que el punto de agenda 17d, era diferente a los puntos 2b y 6b, por lo que serían tratados de manera distinta y separada. El presidente aseguró a las Partes que las discusiones se enfocarían en el futuro del proceso (*forward looking*) y serían incluyentes.

Con relación a la propuesta de México y Papúa Nueva Guinea, las consultas informales enfatizaron la necesidad de adoptar decisiones de una manera clara, sencilla y transparente, asegurando la inclusión de todas las Partes.

Asimismo, se recordó que por consenso se han adoptado decisiones importantes, aunque carecen de efectividad y no han podido implementarse adecuadamente. En esta línea, una delegación señaló que si en ocasiones no

se alcanza el acuerdo es porque el tema bajo discusión aún no se encuentra maduro y es necesario posponer su análisis.

En relación con la propuesta de la Federación de Rusia, este país y Belarús reiteraron la importancia de entender el significado del consenso, así como aclarar las funciones de la presidencia y el secretariado de la COP. Asimismo, al tratarse de un proceso manejado por las Partes (*Party driven process*), todos los países deben tener la oportunidad de ser escuchados; asegurando la legitimidad, transparencia e inclusión del proceso.

Al respecto, diversas Partes cuestionaron la manera en que se integran los pequeños grupos de negociación, dejando fuera a países interesados, y enfatizaron que es indispensable evitar las prácticas en donde unas cuantas delegaciones adoptan decisiones informales en pasillos o cuartos escondidos que luego se pretenden elevar al plenario, citando la COP 15 de Copenhague como ejemplo.

Tras este intercambio de ideas, la presidencia de la COP 19 acordó transferir los puntos de agenda relativos a la adopción de decisiones hacia la Vigésima Conferencia de las Partes [COP 20] (Lima, Perú, 1 a 12 de diciembre de 2014).³⁰

Ante la falta de voluntad política de las Partes, las consultas informales sobre la propuesta de México y Papúa Nueva Guinea, así como de la Federación de Rusia, se han realizado en el marco de cada COP subsecuente, sin que se hayan presentado avances sustantivos.

Ejemplo de ello es la Vigésima Quinta Conferencia de las Partes [COP 25] (Madrid, España, 2 al 15 de diciembre de 2019), en cuya agenda se incluyó el tema 14: “Examen de las propuestas de enmiendas a la Convención presentadas por las Partes en virtud del artículo 15”, separando la propuesta de la Federación de Rusia para su análisis en el Subtema 14a, y la de México y Papúa Nueva Guinea en el Subtema 14b. De nueva cuenta, en ninguno de los dos casos hubo progreso.³¹

VII. COMENTARIOS FINALES

El constante incremento de la temperatura global, fruto de un modelo de desarrollo que depende en su mayoría de combustibles fósiles y de esquemas

³⁰ United Nations Framework Convention on Climate Change, *FCCC/CP/2013/L.3, Decision-making in the UNFCCC process*, 21 de noviembre de 2013.

³¹ United Nations Framework Convention on Climate Change, *FCCC/CP/2019/13, Report of the Conference of the Parties on its twenty-fifth session, held in Madrid from 2 to 15 December 2019*, 16 de marzo de 2020.

de producción y consumo no sostenibles, conforma una problemática que trasciende las fronteras políticas y exige una sólida respuesta multilateral.

Una solución comprehensiva requiere la transformación de nuestras economías hacia un modelo bajo en carbono que, por medio de energías renovables y hábitos de consumo sostenibles, reduzca de manera significativa nuestra huella ecológica.

Enfrentar este reto requiere de una enorme voluntad política que se vea reflejada en decisiones que estén a la altura de la emergencia climática que enfrentamos.

La falta de Reglas de Procedimiento ha provocado que la CMNUCC utilice el consenso como método único para la toma de decisiones, si bien la efectividad de este proceso ha sido cuestionada tras numerosos desencuentros entre las Partes, entre ellos el fracaso de la COP 15 en Copenhague, la posterior adopción de los Acuerdos de Cancún y la enmienda de Doha, así como las negociaciones del artículo 6 bajo el Acuerdo de París.

Al tratarse de una figura que carece de una definición concreta, el consenso se ha interpretado de diversas maneras, provocando que en la práctica exista un “derecho de veto” que ha sido utilizado para paralizar las negociaciones. A ello se suma que la mayoría de las ocasiones la búsqueda del consenso implica llevar a un mínimo común denominador los acuerdos, o bien alcanzar redacciones confusas que permitan acomodar posiciones encontradas en un lenguaje vago y genérico, es decir, la ya citada “ambigüedad constructiva”.

Ante este escenario, es fundamental proporcionar certeza respecto de los métodos de trabajo de la Convención, privilegiando al consenso como método primario para la toma de decisiones pero en caso de que no logre alcanzarse, acudir a la votación como es práctica común en otros foros multilaterales.

Habida cuenta de lo anterior, las Partes de la CMNUCC podrían explorar las siguientes opciones:

1. *Enmendar la Convención.* Este es el enfoque seguido por México y Papúa Nueva Guinea, pero presenta diversas dificultades legales. La Convención puede ser enmendada a través del voto por mayoría de tres cuartos (artículo 15.3). Sin embargo, las enmiendas sólo son vinculantes para aquellas Partes que las acepten (artículo 15.4). Es decir, las enmiendas sólo aplicarían a las Partes que votaron por ellas, lo cual tendría por efecto un régimen dual, uno que operaría bajo la regla del consenso y otro bajo el voto mayoritario, creando mayor complejidad de la que ya existe en las negociaciones climáticas.

2. *Adoptar las Reglas de Procedimiento, incluyendo una versión mejorada de la Regla 42.* Sin embargo, toda vez que las Reglas tendrían que ser adoptadas por consenso, según lo dispone el artículo 7.2 inciso k de la Convención, habría la posibilidad de que una o varias delegaciones bloqueen su adopción, siendo necesaria una hábil conducción política de la presidencia de la COP en turno para superar tal circunstancia. Un punto importante es que la adopción de las Reglas de Procedimiento, a diferencia de las enmiendas a la Convención, no requiere ratificación de las Partes.

En general, y a efecto de evitar las dificultades derivadas de la ratificación de las enmiendas a la Convención y un posible régimen dual, la opción más viable para introducir el método de votación a la CMNUCC sería la segunda.

Un mecanismo claro de toma de decisiones podría contribuir a la legitimidad del régimen de cambio climático en donde las Partes cumplan con sus compromisos actuales y los fortalezcan a futuro. Las reglas justas y transparentes son cruciales para generar confianza y con ello mejorar los niveles de cumplimiento de las disposiciones de la CMNUCC.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

- BRUNNÉE, Jutta *et al.* (eds.), *Promoting Compliance in an Evolving Climate Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BUGEDA BERNAL, Beatriz, “Así está decidido. El Acuerdo de París de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, en *21 Visiones de la COP 21*, México, Programa de Investigación en Cambio Climático-Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- FLORES LIERA, Socorro, *La Conferencia de Cambio Climático de Cancún. Un nuevo paradigma de desarrollo*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2012.
- GODÍNEZ ROSALES, Rodolfo, “Negociaciones ambientales internacionales”, en *Derecho Internacional del Medio Ambiente. Una visión desde Iberoamérica*, Londres, CMP Publishing Ltd., 2010.
- KEMP, Luke, *Policy Brief: Majority Voting within the UNFCCC*, Canberra, Australian National University, 2013.
- SANDS, Philippe y Jacqueline PEEL, *Principles of International Environmental Law*, 3a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

WARD, Bárbara y René DUBOS, *Una sola tierra*, México, FCE, 1984.

YAMIN, Farhana y Joanna DEPLEDGE, *The International Climate Change Regime. A guide to rules, institutions and procedures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

2. Artículos

LEAL ARCAS, Rafael, “Top-down versus bottom-up approaches for climate change negotiations: an analysis”, *The IUP Journal of Governance and Public Policy*, Pensilvania, vol. 6, núm. 4, diciembre de 2011.

LA GESTIÓN SUSTENTABLE DE SUSTANCIAS TÓXICAS A LA LUZ DE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES DEL ESTADO MEXICANO

Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Peligro y riesgo en torno a las sustancias*. III. *Derechos y principios implicados en la gestión sustentable de sustancias tóxicas*. IV. *Regulación internacional global sobre sustancias tóxicas*. V. *Re-flexiones finales*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy día, las sustancias peligrosas son empleadas en una gran variedad de actividades destinadas a satisfacer las necesidades y demandas humanas. Muchas de estas sustancias son descargadas, en los cuerpos de agua, directamente sobre el suelo o emitidas hacia la atmósfera, transformándose en contaminación, la cual genera efectos negativos sobre el medio ambiente y los seres vivos. Por otro lado, las personas pueden entrar en contacto con este tipo de sustancias por exposición ocupacional y/o accidental poniendo en riesgo su salud e, incluso, su vida. Ahora bien, desde una perspectiva sistémica, la gestión inadecuada de sustancias químicas afecta la salud de los seres vivos, la economía y pone en riesgo el desarrollo sustentable.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), anualmente se registran cerca de 1.6 millones de muertes a causa de la exposición a ciertas sustancias químicas; 83 645 muertes son resultado de intoxicaciones no intencionales y alrededor de 323 114 decesos obedecen a la exposición ocupacional a carcinógenos.¹ Ello sin considerar el pasivo que asume la mayor parte de la población mundial (92%) que vive en zonas en las que

¹ WHO, *The Public Health Impact of Chemicals: Knowns and Unknowns International Programme on Chemical Safety. Data addendum for 2016*, Ginebra, World Health Organization, 2018, pp. 1-2.

los niveles de contaminación atmosférica superan las Directrices de la OMS sobre la calidad del aire.²

La contaminación es de tal magnitud que llega a transferirse de las madres a sus fetos. Se han identificado más de 200 sustancias peligrosas en cordones umbilicales y placentas, por lo que los bebés nacen con una carga tóxica que merma su salud y su desarrollo.³ La mayoría de las personas, cuya vida se ve irreversible o mortalmente afectada por sustancias tóxicas carece de acceso a un recurso efectivo. Además, acreditar el nexo causal de los daños sufridos, que es harto complicado y costoso, recae en los propios afectados y/o en sus familiares, según sea el caso, y no en quienes se benefician de las actividades contaminantes;⁴ aunado a ello, hay que considerar que el impacto provocado por éstas suele advertirse en horizontes de tiempo prolongados y puede perdurar durante décadas.

Por si fuera poco, las diversas problemáticas asociadas a las sustancias peligrosas se abordan de forma sectorizada (salud, medio ambiente, seguridad industrial, protección civil) y fragmentada (cambio climático, extinción de especies y, por citar algunas, contaminación tóxica). A ello se añade la complejidad con la que hay que lidiar en el contexto del biopoder, pues la toma de decisiones se apunala en el conocimiento científico disponible, esto es, en el principio preventivo, en lugar del precautorio, este último guarda una relación más estrecha con la incertidumbre y los riesgos para las generaciones presentes y futuras, dada la naturaleza de las sustancias peligrosas. No obstante, como veremos en este trabajo, el Estado mexicano ha sido omiso en cuanto al desarrollo del aparato jurídico institucional necesario para cumplir con sus compromisos internacionales sobre la garantía de los derechos humanos a la salud y a un medio ambiente sano en relación con las sustancias peligrosas.

II. PELIGRO Y RIESGO EN TORNO A LAS SUSTANCIAS

Hablar de sustancias peligrosas lleva necesariamente a considerar el peligro y el riesgo inherentes a ellas. De acuerdo con la Ley General de Protección Civil (LGPC), el peligro consiste en la “probabilidad de ocurrencia de un agente perturbador potencialmente dañino de cierta intensidad, durante un cierto

² WHO, *Ambient Air Pollution: A global assessment of exposure and burden of disease*, Ginebra, World Health Organization, 2016, p. 33.

³ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*, A/73/567, Nueva York, Asamblea General, 2018, p. 3.

⁴ *Ibidem*, p. 7.

periodo y en un sitio determinado”; mientras que el riesgo alude a “daños o pérdidas probables sobre un agente afectable, resultado de la interacción entre su vulnerabilidad y la presencia de un agente perturbador”.⁵ Como se advierte, el peligro está estrechamente vinculado a la capacidad de producir un daño al rebasarse alguna de las características de peligrosidad de las sustancias y los materiales (Corrosividad, Reactividad, Explosividad, Toxicidad, Inflamabilidad y Biológico-infecciosos [CRETIB]); y el riesgo depende del grado de daño que aquéllos podrían causar ante la exposición, dispersión y/o gestión inadecuada.

Ahora bien, la gestión sustentable de sustancias peligrosas es concebida como un conjunto articulado e interrelacionado de acciones de política pública, normativas, económicas y sociales para su manejo sustentable, desde su producción hasta su consumo y disposición final, a fin de reducir significativamente los efectos adversos que causan en la salud y el medio ambiente. Dicha gestión debe apuntalarse en la evaluación del riesgo, proceso dividido en cuatro etapas: 1) identificación del peligro; 2) evaluación de la toxicidad; 3) estimación de la exposición; y, 4) caracterización del riesgo.⁶ A través de la evaluación del riesgo pueden diseñarse los mecanismos adecuados para prevenir y/o reducir los riesgos para la salud, la seguridad, las propiedades y el medio ambiente originados por las sustancias peligrosas.

En México, la Ley General de Salud dispone que corresponde a la Comisión Federal de Protección Contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS)⁷ ejercer la regulación, control, vigilancia y fomento sanitarios en materia de plaguicidas y fertilizantes, sustancias tóxicas o peligrosas para la salud, así como de los establecimientos dedicados al proceso o almacenamiento de aquéllos, efectos nocivos de los factores ambientales en la salud humana y salud ocupacional. A tales fines, esta Comisión debe efectuar la evaluación de riesgos a la salud en las materias de su competencia;⁸ lamentablemente, como se actúa de forma fragmentada y sectorizada, no existe un mandato equivalen-

⁵ Artículo 2o., fracciones XXXVII y XLIX, respectivamente, Ley General de Protección Civil, México, *Diario Oficial de la Federación*, 6 de junio de 2012, fracciones recorridas el 3 de junio de 2014.

⁶ Cfr. E. Cázarez y R. A. Garza-Cuevas, “Impacto y riesgo ambiental”, en E. C. Enkerlin Hoefflich *et al.* (eds.), *Ciencia ambiental y desarrollo sostenible*, México, Internacional Thomson Editores, 1997, pp. 438-445.

⁷ El Decreto de creación de la COFEPRIS del 5 de julio del 2001 fue abrogado por el Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, México, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de abril de 2004.

⁸ Artículo 17 bis, Ley General de Salud, México, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de junio de 2003.

te para la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) que obligue a la autoridad ambiental a realizar la evaluación de riesgos al medio ambiente, como si estos no tuviesen un efecto directo en la salud.

III. DERECHOS Y PRINCIPIOS IMPLICADOS EN LA GESTIÓN SUSTENTABLE DE SUSTANCIAS TÓXICAS

El Estado, al ser el garante primero de los derechos humanos, debe dar cumplimiento a una serie de obligaciones orientadas a proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de las personas. En este contexto son de gran valía los principios de derecho internacional ambiental, como acicate para la construcción normativa; pues están dotados de un contenido axiológico que permite orientar el desarrollo en condiciones de seguridad e inocuidad.

Aunque mucho se ha cuestionado sobre la fuerza normativa de los principios, basta con apoyarnos en el mandato del artículo 31, inciso 4, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, referente a las reglas de interpretación,⁹ que alude al fundamento para analizar el contenido y alcance de los tratados como un todo integrado e interrelacionado que considere, de forma sistémica y evolutiva, el derecho internacional aplicable en clave de derechos humanos, esto es, tratados, normas consuetudinarias, principios generales del derecho (incluidos los del derecho internacional ambiental) y, de manera subsidiaria, la jurisprudencia internacional y la doctrina.¹⁰

Cabe señalar que en 2018 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 72/277 como una vía para abordar las posibles lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con él,¹¹ ya que, ante la falta de un Pacto Mundial por el Medio Ambiente que integre los diversos principios de derecho ambiental,¹² éstos han evolucionado y cobrado fuerza, por más de medio siglo, a través de su incorporación en algunos tratados y convenios internacionales; así como, en

⁹ Cfr. E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 62.

¹⁰ CIJ, *Case Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Medidas cautelares, Fallo, 20 de abril de 2010, Opinión Disidente del Juez ad hoc Vinuesa, párrafo 219.

¹¹ Naciones Unidas, *Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente*, A/RES/72/277, Nueva York, Asamblea General, 14 de mayo de 2018, p. 1.

¹² Marisol Anglés Hernández y Mariana Tejado Gallegos, “La COVID-19 como detonante de un pacto mundial por el medio ambiente jurídicamente vinculante”, en H. Jiménez Guanipa y M. Anglés Hernández (coords.), *La emergencia sanitaria COVID-19 a la luz de la emergencia climática. Retos y oportunidades*, Bogotá, Fundación Heinrich Böll-Red Internacional sobre Cambio Climático, Energía y Derechos Humanos, 2020, p. 47.

informes, relatorías especiales, observaciones generales y, entre otros, opiniones consultivas que han sido la fuente inspiradora de la jurisprudencia en sus dimensiones internacional, regional y local; pero cuya fuerza normativa es endeble, debido a que forman parte del *soft law*.

Es así que, apostados en la progresividad de los derechos, estos principios han cobrado fuerza vinculante la región de América Latina, mediante la entrada en vigor del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado el 4 de marzo de 2018, pues aunque su énfasis se encuentra en los derechos procedimentales, lo que subyace es la protección de derechos humanos sustantivos, aquellos que encuentran reconocimiento universal (a un medio ambiente sano, al agua, a la vida).¹³

Enseguida, analizamos los principios que guardan una vinculación estrecha con la gestión sustentable de las sustancias tóxicas.

1. *Principio de prevención/preventivo*

El origen del principio preventivo o de prevención descansa en la cautela o debida diligencia de los sujetos de Derecho internacional, que entraña la obligación de adoptar estándares mínimos en relación con los bienes y personas bajo su jurisdicción; así como la vigilancia de su cumplimiento. En la esfera de la protección ambiental es muy importante considerar que la prevención es fundamental, habida cuenta del carácter frecuentemente irreversible de los daños ambientales y de las limitaciones inherentes al propio mecanismo de reparación de ese tipo de daños.¹⁴

Además, el desarrollo no debe darse a costa de las condiciones ambientales y de salud, pues se ha reconocido que el derecho ambiental y el derecho al desarrollo son conceptos integrales que se refuerzan mutuamente y no deben entenderse como alternativos, por lo que no sería viable priorizar uno sobre el otro.¹⁵ En 2010, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) subrayó

¹³ Artículo 4.1, ONU-CEPAL, *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, Organización de las Naciones Unidas-Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018, p. 16.

¹⁴ CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Fallo, 25 de septiembre de 1997, párrafo 140.

¹⁵ PCA, *Iron Rhine Arbitration (Belgium vs. Netherlands)*, The Hague, Permanent Court of Arbitration, 2005, párrafo 222.

la interconexión de la obligación de evitar daños y el requisito de ejercer la debida diligencia como una obligación que implica no sólo la adopción de normas y medidas apropiadas, sino también un cierto nivel de vigilancia en su aplicación; el ejercicio del control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados, así como el seguimiento de las actividades realizadas por dichos operadores.¹⁶

En el contexto de la obligación de garantizar los derechos, el deber de regular cobra particular importancia frente a actividades peligrosas de terceros que generan riesgos para los ecosistemas y los seres vivos. Por lo que, a partir del principio preventivo se dispone de una serie de herramientas, como los estudios de impacto ambiental, las consultas a la población, las medidas de seguridad, los límites máximos permisibles, los estándares de calidad ambiental, etc., que permiten reorientar el marco de actuación de las actividades económicas, a fin de anticipar los impactos y prevenir efectos negativos al ambiente y a la salud.¹⁷

Este principio se encuentra en el referido Acuerdo de Escazú, artículo 3, inciso f.

2. Principio de precaución/precautorio

La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, adoptada por las Naciones Unidas en 1992, alude a la precaución en su Principio 15, como sigue: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

De acuerdo con Andorno, las condiciones de aplicación de este Principio son:¹⁸ a) Situación de incertidumbre acerca del riesgo potencial que da lugar a la adopción de medidas; b) Evaluación científica que sustente el riesgo potencial y las posibles consecuencias de la inacción; c) Perspectiva de un daño grave o irreversible que comprometa la vida o la salud de la población o el equilibrio del ecosistema; d) Proporcionalidad de las medidas, a fin de evitar constituir una carga excesiva para la sociedad; e) Transparencia de las medidas desde una doble perspectiva, por un lado, que los criterios emplea-

¹⁶ (Argentina v. Uruguay), cit., párrafo 197.

¹⁷ M. Anglés Hernández et al., *Manual de derecho ambiental mexicano*, México, IIJ-UNAM, 2021, p. 24.

¹⁸ R. Andorno, “Principio de Precaución”, en J. C. Tealdi (dir.), *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, Colombia, UNESCO-Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 346-347.

dos por las autoridades para la eventual adopción de medidas precautorias sean dados a conocer al público y a las empresas y, por el otro, que quienes promueven productos o actividades potencialmente riesgosas difundan los estudios acerca de la magnitud de los riesgos potenciales y de los esfuerzos que han realizado con miras a reducirlos al mínimo o a eliminarlos; y, f) Inversión de la carga de la prueba, que quienes produzcan y comercialicen productos que puedan eventualmente causar daños graves, aporten los elementos contrarios a la sospecha del riesgo, cuestión ampliamente debatida.

En nuestro México, el poder judicial ha dicho que:

El principio de precaución es un concepto jurídico indeterminado, pues involucra la elección de realizar una conducta o evitar un acto, con la finalidad de prevenir afectaciones al ambiente, sin definir cómo deberá procederse; de ahí la razón por la cual serán el contexto y las circunstancias del caso los factores a determinar para ser proactivo y definir la forma de conducirse.

Entre las consideraciones a tomar en cuenta, están: i) no debe exigirse especificidad sobre el daño a prevenir, ni la anotación de los elementos probatorios en los cuales se sustenta; ii) basta la identificación de un hecho y la posibilidad de que constituya una causa generadora de afectación al ambiente; iii) debe prevenirse antes de considerar medidas de remedio; iv) si la situación implica asumir un riesgo grave, entonces, el estándar de aplicación es más riguroso y viceversa; y, v) es preferible equivocarse en la previsión tendente a evitar afectaciones al ambiente, con la finalidad de conservar un valor de mayor entidad, sin perjuicio de que quien tenga una pretensión opuesta acredite lo contrario, bajo una base sólida, objetiva e idónea.¹⁹

En seguimiento al Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, cuando existe una posibilidad razonable de riesgo, los Estados tienen el deber de adoptar medidas adecuadas para reducir o impedir la exposición, teniendo en cuenta tanto la probabilidad de que se produzca un daño como la magnitud de éste;²⁰ ello significa aplicar el principio precautorio, con la debida justificación respecto de posibles daños que, de materializarse, supondrían afectaciones graves e irreversibles al medio ambiente y sus elementos y, de forma concomitante, a la salud y vida de los seres vivos. Por tanto, la

¹⁹ Tesis III.6o.A.25 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, México, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 77, tomo VI, agosto de 2020, p. 6206.

²⁰ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Anand Grover, A/HRC/20/15, Ginebra, Consejo de Derechos Humanos, 2012, p. 14.

incertidumbre lejos de ser un elemento para eludir la responsabilidad compromete aún más la toma de decisiones, en tanto exista evidencia científica plena sobre la inocuidad y/o riesgos tolerados implicados.

Desafortunadamente, el Estado mexicano es omiso ante esta obligación; poniéndose en riesgo la garantía y disfrute de diversos derechos humanos, lo que justifica trabajar en un instrumento normativo que coadyuve a superar las insuficiencias existentes, el cual debe apuntalarse en los principios reconocidos en el Acuerdo de Escazú, como elementos de política pública.

3. Principio quien contamina paga/contaminador pagador

El principio contaminador pagador, también conocido como “quien contamina paga”, plantea que los costos de la contaminación sean soportados por el responsable de causarla. Los orígenes internacionales del principio se hallan en la Recomendación C (74)223, adoptada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 1974. Posteriormente, el Principio 16 de la Declaración de Río dispuso que:

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

Es importante advertir que este principio no debe leerse como una licencia para contaminar, es decir, contaminar-pagosino como un mecanismo que busca interiorizar externalidades ambientales negativas, así como incentivar la innovación tecnológica para prevenir y, en su caso, reducir los daños al ambiente y a la salud.

Pese a los avances en cuanto al reconocimiento normativo de este principio, es una realidad que su contenido y aplicación aún están en proceso de definición, pues muchas de las externalidades ambientales quedan al amparo de los subsidios estatales o a cargo del propio ambiente y la sociedad que de él depende. Respecto a este principio y el siguiente, el Acuerdo de Escazú señala que para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con:

mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una

sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.²¹

4. *Principio de responsabilidad e indemnización*

Este principio surge del reconocimiento internacional de la responsabilidad diferenciada de los Estados en torno a las alteraciones causadas al ambiente por las actividades dañinas realizadas dentro de sus jurisdicciones. En este sentido, el Principio 22 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, adoptada por Naciones Unidas en 1972, afirma que

[l]os Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción.

Posteriormente, la Declaración de Río hace alusión a la responsabilidad en diversos apartados, el Principio 7 señala: “En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas”. Mandato que se complementa con el Principio 10: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. El Principio 11 reconoce que las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo; en consecuencia, el Principio 13 enfatiza: “Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales”. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

²¹ ONU-CEPAL, “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información...”, *op. cit.*, p. 29.

5. Principios ambientales en el orden jurídico mexicano

Algunos de los principios referidos han sido incorporados en el orden jurídico mexicano. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en su artículo 4, párrafo quinto que: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.

A su vez, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), publicada el 28 de enero de 1988, cuenta con un capítulo sobre política ambiental, en el que se incluye un artículo que consagra diversos principios que debe observar el Ejecutivo federal (artículo 15), veamos: *a)* Quien realice obras o actividades que afecten o puedan afectar el ambiente, está obligado a prevenir, minimizar o reparar los daños que cause, así como a asumir los costos que dicha afectación implique (fracción IV); y, *b)* La prevención de las causas que generan daños ambientales, es el medio más eficaz para evitar los desequilibrios ecológicos (fracción VI); el control y la prevención de la contaminación ambiental, el adecuado aprovechamiento de los elementos naturales y el mejoramiento del entorno natural en los asentamientos humanos son elementos fundamentales para elevar la calidad de vida de la población (fracción XVI).

Posteriormente, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA), publicada el 7 de junio de 2013, reguló la responsabilidad nacida de los daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de dichos daños cuando sean exigibles a través de los procesos judiciales federales, los mecanismos alternativos de solución de controversias, los procedimientos administrativos y aquellos que correspondan a la comisión de delitos contra el ambiente y la gestión ambiental. A tales fines, el artículo 10 de la LFRA dispone: “Toda persona física o moral que con su acción u omisión ocasione directa o indirectamente un daño al ambiente, será responsable y estará obligada a la reparación de los daños, o bien, cuando la reparación no sea posible a la compensación ambiental que proceda, en los términos de la presente Ley”. Ello debe leerse en concordancia con el último párrafo del artículo 109 de la CPEUM, que mandata:²² “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917. Reformas del 27 de mayo de 2015.

Cabe enfatizar que los elementos constitutivos de la responsabilidad por hecho ilícito refieren tanto a la acción como a la omisión; esta última cobra relevancia para este análisis, ya que involucra desde la falta de desarrollo legislativo para expedir las normas (por ejemplo, aquellas que garanticen derechos humanos), hasta la de coordinación administrativa que dé como resultado el otorgamiento de autorizaciones o permisos cuya ejecución permita la vulneración de los derechos protegidos. También debemos destacar que el elemento subjetivo del hecho ilícito puede consistir tanto en el comportamiento de los órganos internos del Estado (ejecutivo, legislativo y/o judicial), independientemente de la organización interna del Estado, como en el de las personas o entidades que ejerzan atribuciones del poder público. En consecuencia, se puede incurrir en responsabilidad del Estado como resultado de un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que no resulte inicialmente imputable a un Estado, sino de forma secundaria a causa de haber incumplido con la debida diligencia para prevenir la violación.²³ En tal sentido, el Estado, en el marco de su deber de protección y garantía, debe velar porque los sujetos bajo su jurisdicción cumplan con la normativa desplegada por éste para evitar daños al medio ambiente y a la salud que luego puedan serle imputados.²⁴

IV. REGULACIÓN INTERNACIONAL GLOBAL SOBRE SUSTANCIAS TÓXICAS

La gestión sustentable de las sustancias tóxicas a nivel global está enmarcada de forma expresa en tres instrumentos jurídicamente vinculantes:²⁵ los Convenios de Estocolmo, de Rotterdam y de Minamata; así como en un importante número de directrices e instrumentos orientadores. Dado el espacio de esta colaboración, nos centraremos únicamente en los primeros tres.

²³ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de julio de 1988, párrafo 172 y Corte IDH, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párrafo 124.

²⁴ Corte IDH, *Opinión consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia, Medio ambiente y derechos humano*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017.

²⁵ Existen además algunos tratados que, de manera tangencial, regulan algunas sustancias peligrosas, como la Convención de Viena para la protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal sobre Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, el Convenio Internacional para la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, el Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, entre otros.

1. *Convenio de Estocolmo*

En mayo de 2001, fue adoptado el Convenio sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (en adelante, Convenio de Estocolmo), en vigor desde el 17 de mayo de 2004, el cual se enfoca en los contaminantes orgánicos persistentes (COPs), con énfasis en el principio precautorio.²⁶ Los COPs son productos químicos sumamente tóxicos que tienen la capacidad de evaporarse y viajar largas distancias por aire y agua; además, se acumulan en los tejidos grasos y entran en la cadena trófica, por tanto, son muy perjudiciales para el medio ambiente y la salud.

Inicialmente el Convenio reguló 12 COPs, pero conforme se han celebrado las Conferencias de las Partes otras sustancias han sido agregadas a la lista. En ese mismo sentido las normas de los países miembros debiesen armonizarse; lamentablemente, ello no sucede así. A continuación, se muestra el listado actual de COPs en el Convenio de Estocolmo.

LISTADO DE COPs REGULADOS POR EL CONVENIO DE ESTOCOLMO ²⁷
<i>Plaguicidas</i>
Aldrina (E), Endrina (E), Clordano (E), DDT (P), Dieldrina (E), Heptacloro (E), Hexaclorobenceno* (E), Mírex (E), Toxafeno (E), Clordecona (E), alfa-Hexaclorociclohexano (E), beta-Hexaclorociclohexano (E), Lindano* (E), Pentaclorobenceno* (E), Endosulfán de calidad técnica (E).
<i>Sustancias químicas de uso industrial</i>
Bifenilos policlorados* (BPCs) (E), Hexabromobifenilo (E), Éter de hexabromodifenilo (E) y Éter de Hexabromodifenilo (E), ácido perfluorooctano sulfónico, sus sales y fluoruro de perfluorooctano sulfonilo (P), Éter de tetrabromodifenilo (E), y éter de pentabromodifenilo (E), Éter de decabromodifenil (E), Hexabromociclododecano (E), Hexaclorobutadieno (E), Pentaclorofenol y sus sales y ésteres (E), Naftalenos policlorados (E), Parafinas cloradas de cadena corta (E).
<i>Productos secundarios de procesos (emisiones no intencionales)</i>
Dibenzoparadioxinas policloradas y Dibenzofuranos, Alfa-Hexaclorociclohexano, beta-Hexaclorociclohexano.

NOTA: (E) Eliminación, (P) Prohibición; (PI) Producción Inintencionada, (*) COPs que también son subproductos no intencionales de la combustión y de procesos industriales.²⁸

FUENTE: elaboración propia.

²⁶ Naciones Unidas, *Convenio de Estocolmo 10 Aniversario*, Ginebra, Secretaría del Convenio de Estocolmo, 2011, p. 6. México lo firmó el 22 de mayo del 2001 y fue ratificado en febrero del 2003.

²⁷ PNUMA, *Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes. Texto y anexos enmendado en 2017*, Ginebra, Secretaría del Convenio de Estocolmo, 2017, pp. 40-44.

²⁸ PNUMA, *Eliminando los COP del Mundo: Guía del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes*, Ginebra, Secretaría del Convenio de Estocolmo, 2010, p. 6.

A partir de la ratificación del Convenio de Estocolmo, México, al igual que todos los países firmantes, asumió el compromiso de diseñar y poner en práctica un Plan Nacional de Implementación (artículo 7); el cual estuvo listo en octubre de 2007 y fue actualizado en 2016.²⁹

Respecto a las sustancias del Convenio, México cuenta con algunas disposiciones aplicables. Por ejemplo, la LGEEPA refiere que, para evitar la contaminación del agua, queda sujeta a regulación federal o local la aplicación de plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas (artículo 120), misma que debe ser compatible con el equilibrio de los ecosistemas y considerar sus efectos sobre la salud humana, a fin de prevenir los daños que pudieran ocasionar (artículo 134). Además, en su artículo 143 señala que los plaguicidas, fertilizantes y demás materiales peligrosos quedarán sujetos a las normas oficiales mexicanas (NOMs) que expidan en el ámbito de sus respectivas competencias la Semarnat y las secretarías de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (hoy Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural [SADER]), Salud (SSA) y Economía (SE); el artículo 144, por su parte, prevé que, de conformidad con la Ley Federal de Sanidad Vegetal y demás disposiciones aplicables, la Semarnat, en coordinación con la SSA, SE y SADER, participará en la determinación de restricciones arancelarias y no arancelarias relativas a la importación y exportación de materiales peligrosos. Asimismo, prohíbe el otorgamiento de autorizaciones para la importación de plaguicidas, fertilizantes y demás materiales peligrosos, cuando su uso no esté permitido en el país en el que se hayan elaborado o fabricado.

Con miras a reorientar el uso de plaguicidas tóxicos hacia el empleo de aquellos con menor toxicidad, se creó el Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS), que establece los impuestos aplicables a los plaguicidas en el comercio en México y cuya tasa se aplicará conforme a la categoría de peligro de toxicidad aguda, como sigue: a) Categorías 1 y 2, 9%; b) Categoría 3, 7%; y, c) Categoría 4, 6%.³⁰ Como se advierte, este impuesto no considera la toxicidad crónica de los plaguicidas, situación que debe subsanarse, pues existen muchas enfermedades crónicas resultado de la exposición a estas sustancias.³¹

²⁹ Semarnat, *Plan Nacional de Implementación del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes. México 2016*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2017, p. 4.

³⁰ Artículo 2o., apartado I, Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, México, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 1980, inciso adicionado el 11 de diciembre de 2013.

³¹ A. Prüss-Ustün *et al.*, “Knowns and unknowns on burden of disease due to chemicals: a systematic review”, *Environmental Health*, vol. 10, núm. 9, 2011, *in extenso*; M. C. Alavanja

Aunado a ello, se cuenta con la NOM-232-SSA1-2009 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 13 de abril de 2010), que establece los requisitos, indicaciones y características que deben cumplir el envase, embalaje y etiquetado de plaguicidas, tanto técnicos como formulados, a fin de minimizar los riesgos a la salud de los trabajadores ocupacionalmente expuestos y de la población en general, durante su almacenamiento, transporte, manejo y aplicación.

Cabe señalar que esta norma es discriminatoria, ya que en México muchos de los trabajadores agrícolas son indígenas y no saben leer ni escribir y en algunos casos, sólo conocen su lengua, situación que limita la eficacia del etiquetado y la cromatografía incluida en él para lograr una verdadera reducción de riesgos de intoxicación y de contaminación ambiental;³² lo que contradice la obligación del Estado de adoptar las medidas pertinentes ante un riesgo razonable de producirse un daño por la exposición a estas sustancias.³³

Para facilitar el ejercicio de las facultades relativas a la expedición de autorizaciones relacionadas con los plaguicidas, fertilizantes (también denominados nutrientes vegetales) y sustancias tóxicas, se creó la Comisión Intersecretarial para el Control del Proceso y Uso de Plaguicidas, Fertilizantes y Sustancias Tóxicas (CICOPLAFEST), que ha trabajado en la gestión de los riesgos químicos desde 1987 y está facultada para atender todos los procesos asociados a este tipo de sustancias, inclusive, la revisión sistemática de las tarifas arancelarias, la expedición de NOMs y la instrumentación del Consentimiento Fundamentado Previo.³⁴

Es importante advertir que, según la Ley General de Salud (LGS), la autoridad sanitaria competente podrá revocar las autorizaciones que haya otorgado, entre otras: a) Cuando, por causas supervenientes, se compruebe que los productos o el ejercicio de las actividades que se hubieren autoriza-

et al., "Health effects of chronic pesticide exposure: Cancer and neurotoxicity", *Annual Review of Public Health*, vol. 25, abril de 2004, pp. 155-197; y M. C. Alavanja et al., "Increased cancer burden among pesticide applicators and others due to pesticide exposure", *CA. A Cancer Journal for Clinicians*, vol. 63, núm. 2, marzo-abril de 2013, pp. 120-142.

³² M. Anglés Hernández, "El principio precautorio en México: plaguicidas, medio ambiente y salud", en S. Chan et al. (coords.), *Bioética y bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, México, IJ-UNAM, 2018, p. 446.

³³ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Anand Grover, A/HRC/20/15, Ginebra, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 2012, p. 14.

³⁴ En 1998 se publicó el primer Catálogo Oficial de Plaguicidas, México, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de marzo de 1988.

do, constituyan riesgo o daño para la salud humana y, b) Por incumplimiento grave a las disposiciones de la LGS, reglamentos y demás disposiciones aplicables (artículo 380, fracciones I y IV, respectivamente, LGS). Como se advierte, estas disposiciones se complementan con la emisión y actualización de las NOMs, pues se espera que la ciencia avance y permita mejorar la toma de decisiones en contextos de seguridad e inocuidad, para lo cual es fundamental acatar los instrumentos internacionales que cuentan con elementos técnico-científicos para el diseño de la política pública; no obstante, lo que impera es la vigencia de permisos para la formulación, fabricación, comercialización y uso de sustancias y productos tóxicos.

Esto es congruente con la consolidación de la biopolítica, del poder sobre la vida, mediante la cual se enmascaran el progreso y el desarrollo en la tecnociencia y en las prácticas que benefician a los detentadores del poder y del capital neoliberal,³⁵ cuya racionalidad, eminentemente económica, permea en lógica gubernamental, oponiéndose a la propia razón del Estado.³⁶ Ello, en perjuicio de las mayorías que carecen de capacidad de acción e involucramiento, pues la administración pública elegida a partir de procesos democráticos hace descansar las decisiones de orden público e interés social en los representantes del Estado, lo que se traduce en la intervención o no del poder legislativo y del ejecutivo. Lamentablemente, la sumisión de éstos resulta en la omisión legislativa y, por ende, en la ausencia de políticas públicas orientadas a proteger la salud y el medio ambiente.

Como ejemplo tenemos el Reglamento de la LGS en materia de control sanitario de actividades, establecimientos, productos y servicios que data de 1988³⁷ y establece, entre otras disposiciones, que requieren de un permiso sanitario el proceso y la aplicación de sustancias tóxicas (artículo 146, fracción II, inciso e) y de un registro sanitario los productos que contengan sustancias tóxicas, de procedencia nacional o extranjera (artículo 167, fracción XII). Por último, este Reglamento define a las sustancias tóxicas como aquellas que, por constituir un riesgo para la salud, sean incluidas en las listas que al efecto publique la Secretaría de Salud, en la Gaceta Sanitaria, clasificadas en función del grado de riesgo que representan (artículo 1214). Lamentablemente, a la fecha únicamente existen dos listados publicados en dicho órgano de difusión, emitidos en 1987, previo a la emisión de este

³⁵ M. Foucault, *Seguridad, territorio, población*, Buenos Aires, FCE, 2006, pp. 16-18 y 400.

³⁶ M. Foucault, *Nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, FCE, 2007, p. 35.

³⁷ Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de actividades, establecimientos, productos y servicios, México, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de enero de 1988, reformas del 28 de diciembre de 2004.

Reglamento;³⁸ situación que muestra el desinterés de las autoridades en la materia.

Por otro lado, el Reglamento en Materia de Registros, Autorizaciones de Importación y Exportación y Certificados de Exportación de Plaguicidas, Nutrientes Vegetales y Sustancias y Materiales Tóxicos o Peligrosos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 2004, es omiso en cuanto a los COPs.

Por si fuera poco, de acuerdo con el Catálogo de Plaguicidas de 2016, actualmente existen en el país 282 empresas que cuentan con un total de 3 140 registros sanitarios vigentes de ingredientes activos incluidos en la lista de plaguicidas altamente peligrosos;³⁹ justificados generalmente bajo el argumento de contar con una autorización previa a esta regulación. Se trata de 183 ingredientes activos de plaguicidas altamente peligrosos autorizados por la Cofepris para usos diversos (agrícola, pecuario, interno, jardinería, industrial). Entre las características de estas sustancias se encuentran: toxicidad aguda alta; toxicidad crónica, carcinogenicidad, mutagenicidad.⁴⁰

Esto muestra el alcance limitado y reduccionista de la interpretación del principio de irretroactividad de la ley, reconocido en el artículo 14 constitucional, el cual debe corregirse en el sentido expresado en la tesis siguiente: “la seguridad jurídica, concretamente la proscripción de la retroactividad, no puede llegar al extremo de proteger un derecho o privilegio que es opuesto a lo lícito o es ilegal, por ser inconveniente a la sociedad y, por ende, susceptible de restringir, incluso, la libertad de trabajo, industria o comercio”,⁴¹ como sucedería si se respetara la vigencia de tales registros, permisos y licencias, según fuese el caso. Pues un permiso, registro o autorización,

como acto jurídico emanado de la ausencia de una prohibición, no puede estar en conflicto y permanente oposición con el orden jurídico del que surgió y si éste es modificable por razones sociales que válidamente lo justifiquen, aquél, que es de menor jerarquía que la norma, debe ceder por una simple razón de supremacía y funcionalidad del sistema. En ese contexto, la teoría

³⁸ Lista de sustancias tóxicas de acuerdo al artículo 278 de la Ley General de Salud (primera parte), *Gaceta Sanitaria*, vol. 1, núm. 2, octubre de 1987 y Lista de sustancias tóxicas de acuerdo al artículo 278 de la Ley General de Salud (segunda parte), *Gaceta Sanitaria*, vol. 1, núm. 4, diciembre de 1987.

³⁹ F. Bejarano González (ed.), *Los plaguicidas altamente peligrosos en México*, México, RAPAM-INIFAP-IPEN, PNUD-2017, p. 99.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 9.

⁴¹ Tesis aislada: I.4o.A.445 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª. Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1786.

de los derechos adquiridos no es útil para determinar la retroactividad de la norma de mérito, dado el interés público que protege.⁴²

En igual sentido, existe la tesis: “Derechos Particulares. Interés Público. Los particulares no pueden adquirir derechos que estén en pugna con el interés público; de suerte que cuando una ley lesione un derecho de esa clase, no hay retroactividad, aun cuando la existencia del derecho sea anterior a la de la ley”.⁴³ Para cerrar, tenemos el siguiente pronunciamiento: tratándose de cuestiones que afecten al interés público o a grandes grupos sociales,

se debe aplicar con cautela la teoría de la retroactividad, cuando se la establece con miras a los derechos adquiridos o a las situaciones concretadas al amparo de la ley anterior, ya que tales derechos y situaciones se cristalizan bajo el principio *rebus sic stantibus*, y no podrían prevalecer contra el interés general, con una aplicación privatista o demasiado conservadora, del principio constitucional de no retroactividad.⁴⁴

Sin duda, en un ejercicio de ponderación de derechos, el interés público debe prevalecer sobre el privado, pues de no tomarse las medidas jurídicas adecuadas e interpretar correctamente el orden jurídico aplicable se daría lugar a pasivos ambientales y sociales que el mismo Estado tendría que sufragar, pues, normativamente, al amparo de un derecho adquirido, se legitimaría la evasión de la responsabilidad de los causantes del daño; lo que sería contrario, incluso, a los fines del derecho.⁴⁵

Es así que el incumplimiento del Estado mexicano en cuanto a la obligación general de debida diligencia para restringir el uso de plaguicidas de alta peligrosidad que causa daños a diversos derechos humanos de la población en general motivó que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) realizara una Recomendación suficientemente documentada en 2018,⁴⁶ misma que detonó en noviembre de 2019 la prohibición de la importación y de la exportación de diversos productos químicos, entre

⁴² Tesis aislada: I.4o.A.444 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1878.

⁴³ Amparo en revisión 7239/60, *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. Época, vol. I, tercera parte, 1961, p. 109.

⁴⁴ Tesis aislada: 253200, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. Época, sexta parte, 1977, p. 224.

⁴⁵ M. Anglés Hernández, “El principio precautorio...”, *cit.*, pp. 450-451.

⁴⁶ CNDH, *Recomendación No. 82/2018. Sobre la violación a los Derechos Humanos a la alimentación, al agua salubre, a un medio ambiente sano y a la salud, por el incumplimiento a la obligación general de debida diligencia para restringir el uso de plaguicidas de alta peligrosidad, en agravio de la población en*

ellos, clordano, endosulfán y lindano, listados en el Anexo A del Convenio de Estocolmo.⁴⁷

Por lo que hace a los BPCs, desde 1992 México ha restringido su uso, cuya gestión inició en 1988 con la publicación de la LGEEPA y su Reglamento en Materia de Residuos Peligrosos y se fortaleció con la NOM-133-SEMARNAT-2000, actualizada por la NOM-133-SEMARNAT-2015, Protección ambiental-Bifenilos Policlorados-Especificaciones de manejo, cuyo objeto consiste en establecer las especificaciones para el manejo y eliminación ambientalmente adecuados de los residuos peligrosos que contengan o estén contaminados con BPCs.

2. *Convenio de Róterdam*

El Convenio sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional (en adelante, Convenio de Róterdam) fue adoptado en la ciudad de Róterdam, en septiembre de 1998 y entró en vigor el 24 de febrero de 2004.

La finalidad de este Convenio consiste en mejorar la normativa internacional del comercio de determinados productos químicos prohibidos o severamente restringidos y plaguicidas peligrosos con vistas a proteger la salud de las personas y el ambiente, así como a favorecer la utilización ecológicamente racional de estos productos. El Convenio está basado en el vínculo jurídico denominado “Consentimiento Fundamentado Previo” (PIC, del inglés Prior Informed Consent). Lo cual significa que, para poder realizar la exportación de algún producto químico incluido en el Convenio, el importador, previamente, debe expresar su consentimiento.

Por otro lado, el Convenio establece disposiciones por las que se exige información detallada sobre los productos, con el ánimo de que las Partes, una vez que se conozcan las propiedades y efectos de los productos, en particular para la salud humana y el ambiente; decidan sobre la autorización

general, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 26 de diciembre de 2018, *in extenso*.

⁴⁷ Decreto por el que se establece el impuesto general de importación para la región fronteriza y la franja fronteriza norte, México, *Diario Oficial de la Federación*, 6 de noviembre de 2019. Como antecedente, se publicó la Relación de plaguicidas prohibidos para su importación, fabricación, formulación, comercialización y uso en México, México, *Diario Oficial de la Federación*, 3 de enero de 1991, entre los que se encontraban: mírex, aldrín, endrín y dieldrín, regulados en el Convenio de Estocolmo.

o no de las importaciones. También se promueven normas de etiquetado, asistencia técnica y algunas formas de apoyo.

En la actualidad, el Convenio de Róterdam regula en su Anexo III más de 30 productos químicos a los que se aplica el PIC, entre los que se incluyen: bifenilos polibromados (PBB, hexa-, octa- y deca-), BPCs y compuestos de mercurio (inorgánicos, compuestos de alquilmercurio y compuestos de alquiloxilalquilo y arilmercurio).

Concretamente, el artículo 10 del Convenio está orientado a impedir la importación de ciertos productos químicos peligrosos; no obstante, en México existen, a la fecha, registros sanitarios con vigencia indeterminada otorgada por la Cofepris; 15 de ellos están prohibidos por este Convenio,⁴⁸ situación que trató de subsanarse, aunque sólo en parte, a partir de la Recomendación de la CNDH 82/2018,⁴⁹ que detonó que en noviembre de 2019 se prohibiera la importación de las moléculas siguientes: Azinfós-metilo, Captafol, Clordano, DDT, Endosulfán, Lindano, Alaclor, Aldicarb, Fosfamidón, Paratión metílico, Carbofurano y Triclorfón (listados en el Anexo III del Convenio).⁵⁰ Si consideramos que, en contravención a la normatividad, carecemos de información puntual con respecto a los posibles efectos sobre el medio ambiente y la salud de un número importante de sustancias químicas que día a día entran al mercado, puede inferirse la magnitud de las afectaciones provocadas;⁵¹ por lo que resulta ineludible actuar en relación con todas aquellas sustancias contaminantes de cuya información (sobre su toxicidad) disponemos.

3. *Convenio de Minamata*

Con miras a proteger la salud humana y el medio ambiente de las emisiones y liberaciones antropogénicas de mercurio y compuestos de mercurio fue adoptado en octubre de 2013 en Kumamoto, Japón, el Convenio de Minamata sobre el mercurio, el cual entró en vigor el 16 de agosto de 2017.

El mercurio antropogénico, producido en diversas formas químicas y compuestos —metálico, inorgánico y orgánico—, se ubica en la categoría de

⁴⁸ CNDH, *Recomendación General No. 82/2018...*, cit., p. 14.

⁴⁹ *Ibidem*, in extenso.

⁵⁰ Decreto por el que se modifica la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación y el Decreto por el que se establece el impuesto general de importación para la región fronteriza y la franja fronteriza norte, México, *Diario Oficial de la Federación*, 6 de noviembre de 2019.

⁵¹ M. Anglés Hernández, “El principio precautorio...”, cit., pp. 442-443.

las sustancias de preocupación mundial; ello debido a su transporte atmosférico a larga distancia, su persistencia en los ecosistemas terrestres y acuáticos, su capacidad de bioacumulación en las cadenas alimentarias y sus efectos tóxicos sobre la salud humana y el medio ambiente. Entre las afectaciones a la salud humana se han documentado daños neurológicos graves; afectaciones en el desarrollo neuronal de los fetos y casos severos de autismo, esto a causa tanto de la exposición aguda al metilmercurio, como resultado del consumo de productos del mar.⁵²

El Convenio de Minamata establece medidas de prohibición, fiscalización, restricciones de uso, reducción de emisiones y liberaciones, así como mejoras en la gestión del mercurio en todo su ciclo de vida. Entre las medidas planteadas para ese fin destaca el control del suministro y del comercio de mercurio, por ello se imponen limitaciones a determinadas fuentes de mercurio, como la extracción primaria del mineral. También se regulan los productos con mercurio añadido y los procesos de fabricación en los que se utiliza mercurio o compuestos de éste, y se fiscaliza la extracción de oro artesanal y a pequeña escala. Incluso, el Convenio cuenta con disposiciones sobre emisiones y liberaciones de mercurio a la atmósfera y al agua.⁵³

Debido a que el mercurio tiene una gran cantidad de usos y aplicaciones, el Convenio de Minamata muestra cierta flexibilidad, para que se materialice por cada uno de los Estados mediante sus respectivos planes nacionales de aplicación, los cuales, de conformidad con el artículo 20, se efectúan una vez realizada una evaluación inicial que les permita, a partir de sus circunstancias nacionales, cumplir las obligaciones contraídas. De igual manera, hay medidas que tienen por objeto el almacenamiento provisional ambientalmente racional del mercurio, así como sobre los residuos de mercurio y los sitios contaminados. Por último, se establece el mecanismo, por cuyo medio se da cabida al apoyo financiero y técnico a los países en desarrollo y a los países con economías en transición.

Para México es de gran relevancia la ratificación del Convenio, pues le obliga a desarrollar un marco jurídico específico para la regulación del mercurio como sustancia tóxica y residuo peligroso, así como para la gestión de

⁵² WHO, *Methylmercury*, Ginebra, World Health Organization-International Program on Chemical Safety, 1990, pp. 100-104; N. Pirrone, y R. Mason, *Mercury Fate and Transport in the Global Atmosphere: Measurements, Models and Policy Implications*, Nairobi, UNEP, Global Mercury Partnership, 2008, pp. 74-76 y 100; y D. A. Geier *et al.*, "A prospective study of prenatal mercury exposure from maternal dental amalgams and autism severity", *Acta Neurobiologiae Experimentalis*, vol. 69, núm. 2, 2009, pp. 189-197.

⁵³ PNUMA, *Convenio de Minamata sobre mercurio. Textos y Anexos*, Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2013, pp. 7-45.

los sitios contaminados con este metal y su confinamiento. Además, se justifica frenar las autorizaciones para la operación de nuevas minas de mercurio y regular la minería de oro artesanal y a pequeña escala; así como eliminar de forma gradual las existentes. Paralelamente, debe reducirse el uso del mercurio, tanto en los productos como en los procesos, y promoverse medidas de control de las emisiones a la atmósfera y liberaciones al suelo y al agua.

V. REFLEXIONES FINALES

En la actualidad, el contenido axiológico de los principios de derecho internacional ambiental es incuestionable, pues constituye la base para la comprensión y garantía de los derechos humanos a un medio ambiente sano, al agua, a la salud, a la alimentación, etcétera.

En materia ambiental los tratados internacionales tienen un papel preeminente para el tratamiento de temas específicos, a pesar de que los Estados no se han comprometido en una fórmula que recoja los principios de la materia en un tratado globalizador, lo cual ha devenido en la utilización de otro tipo de instrumentos como las resoluciones internacionales. En materia ambiental los tratados internacionales tienen un papel preeminente para el tratamiento de temas específicos, a pesar de que los Estados no se han comprometido en una fórmula que recoja los principios de la materia en un tratado globalizador, lo cual ha devenido en la utilización de otro tipo de instrumentos como las resoluciones internacionales. No obstante, esta situación ha quedado superada en la región de América Latina con la adopción del Acuerdo de Escazú.

Estos principios sientan las bases para la interpretación y aplicación de la normatividad y para el desarrollo de políticas públicas hacia la reducción de daños a los ecosistemas y a la salud humana; cuando exista suficiente información sobre la toxicidad de las sustancias, mediante instrumentos de carácter preventivo y, a falta de certeza científica, a través del principio de precaución, que implica tomar medidas hasta en tanto se demuestre la inocuidad y sanidad de las sustancias; a su vez, en caso de producirse los daños, operan los principios de quien contamina paga y de responsabilidad e indemnización; lamentablemente, en el orden jurídico mexicano la carga de la prueba recae en los afectados y en tanto éstos no demuestren fehacientemente el nexo causal, no se puede imputar la responsabilidad, por tanto, la indemnización a las víctimas y la restauración del daño ambiental se erigen en una utopía; mientras continua exacerbándose y replicándose la problemática en torno a la afectación socioambiental.

La escasa y obsoleta regulación de las sustancias tóxicas hace patente la falta de debida diligencia del Estado mexicano y, por ende, da pie a la configuración de la responsabilidad por omisión. Por ello, es necesario trabajar en la actualización y, en su caso, elaboración de la normatividad que permita el cumplimiento cabal de las disposiciones sobre COPs de manera plena y efectiva, pues al amparo de permisos y autorizaciones que violentan el interés público en favor del interés privado de quienes se benefician con la síntesis, comercialización y uso de sustancias tóxicas, se omite la aplicación del principio precautorio y se da cabida a la generación de pasivos socio-ambientales.

El Convenio de Róterdam permite a los Estados valorar sus capacidades para gestionar de manera segura algún incidente que pudiera presentarse con las sustancias que regula y, en función de ello, decidir si autoriza o no su importación. Esto permite que la información sobre las sustancias tóxicas y los riesgos asociados a su manejo aumente y se impulse el desarrollo de capacidades y asistencia técnica, a fin de frenar el comercio ilegal transfronterizo de estas sustancias. No obstante, México ha cumplido escasamente con sus obligaciones internacionales, ya que aún existen registros sanitarios con vigencia indeterminada respecto de sustancias tóxicas prohibidas por este Convenio. Por lo que urge revisar y actualizar el listado elaborado por la CICOPLAFFEST para hacerlo compatible con los Convenios de Estocolmo y Róterdam.

Si bien, se han realizado algunos esfuerzos en el país para minimizar el uso de mercurio, lo cierto es que la minería a pequeña escala carece de regulación y muchos procesos incluyen todavía este metal como un elemento fundamental, ya que el trabajo en el amparo del Convenio de Minamata aún tiene un largo trecho por recorrer en México.

En definitiva, no hay justificación alguna para perpetuar la fabricación, comercialización y uso de sustancias tóxicas a costa la salud de los ecosistemas y de los seres vivos; ello no es más que muestra del control que los intereses económicos ejercen sobre los Estados que solapan estas acciones. Es claro que la gestión sustentable de sustancias tóxicas, como aspecto clave en la reducción y en el control de la contaminación del planeta y sus consecuentes afectaciones a los seres vivos, ha sido subestimada, por lo que urge fortalecer el estado de derecho a escala global y nacional. Por lo que el Estado mexicano debe asumir la deuda que tiene en cuanto a la expedición de una Ley General para la Gestión Sustentable de Sustancias Peligrosas, que cuente con un capítulo expreso para las sustancias tóxicas y considere la participación articulada de todas las instancias involucradas en el manejo de sustancias peligrosas; asimismo, debe elaborarse un único inventario

de sustancias peligrosas, actualizado a partir de las instancias competentes; y expedirse el Reglamento de actividades altamente riesgosas;⁵⁴ lo que redundaría en la adopción de políticas públicas sustentables y, por ende, en la reducción de los riesgos para el medio ambiente y para la salud de las personas y de los demás seres vivos, tanto de presentes como de futuras generaciones.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Libros*

- ANDORNO, R., “Principio de Precaución”, en J. C. TEALDI (dir.), *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, Colombia, UNESCO-Universidad Nacional de Colombia, 2008.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., “El principio precautorio en México: plaguicidas, medio ambiente y salud”, en S. CHAN *et al.* (coords.), *Bioética y bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, México, IJJ-UNAM, 2018.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., “La concreción del derecho a un medio ambiente sano en México”, en L. R. GUERRERO GALVÁN y C. M. PELAYO MOLLER (coords.), *100 años de la Constitución Mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, IJJ-UNAM, 2016.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., “Sustancias peligrosas, riesgo y salud en México. Marco normativo”, en D. CIENFUEGOS SALGADO y M. C. MACÍAS VÁZQUEZ (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, México, IJJ-UNAM, 2006.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. y Mariana TEJADO GALLEGOS, “La COVID-19 como detonante de un pacto mundial por el medio ambiente jurídicamente vinculante”, en H. JIMÉNEZ GUANIPA y M. ANGLÉS HERNÁNDEZ (coords.), *La emergencia sanitaria COVID-19 a la luz de la emergencia climática. Retos y oportunidades*, Bogotá, Fundación Heinrich Böll-Red Internacional sobre Cambio Climático, Energía y Derechos Humanos, 2020.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. *et al.*, *Manual de derecho ambiental mexicano*, México, IJJ-UNAM, 2021.

⁵⁴ M. Anglés Hernández, “Sustancias peligrosas, riesgo y salud en México. Marco normativo”, en D. Cienfuegos Salgado y M. C. Macías Vázquez (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, México, IJJ-UNAM, 2006, pp. 59-60.

- BEJARANO GONZÁLEZ, F. (ed.), *Los plaguicidas altamente peligrosos en México*, México, RAPAM-INIFAP-IPEN-PNUD, 2017.
- FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, FCE, 2007.
- FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población*, Buenos Aires, FCE, 2006.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980.
- PIRRONE, N. y R. MASON, *Mercury Fate and Transport in the Global Atmosphere: Measurements, Models and Policy Implications*, Nairobi, UNEP, Global Mercury Partnership, 2008.
- PNUMA, *Eliminando los COP del Mundo: Guía del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes*, Ginebra, Secretaría del Convenio de Estocolmo, 2010.
- WHO, *Ambient Air Pollution: A global assessment of exposure and burden of disease*, Ginebra, World Health Organization, 2016.
- WHO, *Methylmercury*, Ginebra, World Health Organization-International Program on Chemical Safety, 1990.
- WHO, *The Public Health Impact of Chemicals: Knowns and Unknowns International Programme on Chemical Safety. Data addendum for 2016*, Ginebra, World Health Organization, 2018.

2. Artículos

- ALAVANJA, M. C. *et al.*, “Health effects of chronic pesticide exposure: cancer and neurotoxicity”, *Annual Review of Public Health*, vol. 25, abril de 2004.
- ALAVANJA, M. C. *et al.*, “Increased cancer burden among pesticide applicators and others due to pesticide exposure”, *CA. A Cancer Journal for Clinicians*, vol. 63, núm. 2, marzo-abril de 2013.
- CÁZARES, E. y R. A. GARZA-CUEVAS, “Impacto y riesgo ambiental”, en E. C. ENKERLIN HOEFLICH *et al.* (eds.), *Ciencia ambiental y desarrollo sostenible*, México, Internacional Thomson Editores, 1997.
- GEIER, D. A. *et al.*, “A prospective study of prenatal mercury exposure from maternal dental amalgams and autism severity”, *Acta Neurobiologiae Experimentalis*, vol. 69, núm. 2, 2009.
- PRÜSS-USTÜN, A. *et al.*, “Knowns and unknowns on burden of disease due to chemicals: a systematic review”, *Environmental Health*, vol. 10, núm. 9, 2011.

EL SISTEMA CONVENCIONAL ANTE EL AVANCE DEL *SOFT LAW* EN EL CONTEXTO DE LA CHDIP, CIDIP-OEA, CNUDMI Y UNIDROIT

Martín MUÑOZ LEDO VILLEGAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes de los sistemas normativos clasificados como hard law y soft law*. III. *Instrumentos jurídicos aprobados en la CHDIP, CIDIP-OEA, CNUDMI y UNIDROIT*. IV. *Encuentro CHDIP-OEA sobre soft law*. V. *Tipos de instrumentos internacionales a adoptar: ¿hard law o soft law?* VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) fue abierta a firma el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980.¹ Este instrumento jurídico, cuyo perfil corresponde a una norma de *hard law* —según se explica más adelante—, tiene como principal propósito definir la estructura que todo tratado a negociar deberá incluir.

La CVDT en su Preámbulo reconoce:

1. La función fundamental de los tratados en la historia de las relaciones internacionales.
2. La importancia cada vez mayor de éstos como fuente del derecho internacional.
3. La universalidad de los principios del libre consentimiento y de la buena fe, al igual que de la norma *Pacta sunt servanda*.
4. El valor de mantener la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados.

¹ “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt_ph_s.pdf.

Frente al reconocimiento otorgado a los tratados como fuente de Derecho Internacional, es destacable el interés para crear con más frecuencia instrumentos de *soft law*, según puede observarse en los trabajos legislativos efectuados por diversos organismos internacionales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (CHDIP); la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados Americanos (CIDIP-OEA); el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); así como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).²

Con la finalidad de contextualizar el desarrollo del presente tema haremos referencia a los antecedentes correspondientes a ambos sistemas; resaltaremos las peculiaridades más sobresalientes de tratados o convenios (tomando como eje central a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) que les identifica como *hard law vis a vis* las características más destacables del *soft law*, enfocándonos en las llamadas leyes modelo; subrayando, asimismo, sus ventajas y desventajas a la luz del progreso del Derecho Internacional Privado; finalmente, a manera de ejemplo, presentaremos el discernimiento efectuado en la CHDIP, para seleccionar la forma que deberá adoptar una iniciativa legislativa, ya sea como tratado o como ley modelo.

La presente investigación está acotada a analizar la tarea legislativa de las instituciones internacionales antes referidas, en atención a que probablemente son las más exitosas en la elaboración de instrumentos en materia de Derecho Internacional Privado; así como al seguimiento que la Dirección de Derecho Internacional II de la Consultoría Jurídica (CJA) de la Secretaría de Relaciones Exteriores les otorga en el cumplimiento de sus funciones; aclarando que los comentarios presentados en la presente investigación son responsabilidad exclusiva de su autor.

II. ANTECEDENTES DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS CLASIFICADOS COMO *HARD LAW* Y *SOFT LAW*

El Derecho Internacional destaca por su dinamismo, ya que además de generar tratados adopta “nuevas modalidades de elaboración de normas, reco-

² Otras instituciones también emiten ese tipo de normas suaves, por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), a través de la aprobación de reglas, directrices, lineamientos, catálogos, códigos de conducta, etc., con la finalidad de que éstos sean adoptados en las legislaciones de los Estados que conforman o no su membresía. Véase Gloria Alarcón García, “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en Andrés Báez Moreno (coord.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria, homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, vol. I, t. I, 2010, p. 15.

mendaciones y directrices a través de un proceso más informal y dinámico”,³ que son identificadas como *soft law*. Alan M. Feler, subraya que si ese sistema normativo careciera de dinamismo, perdería la capacidad para “adaptarse a las nuevas realidades que la sociedad... continuamente atraviesa”, provocando en consecuencia una mayor separación entre Derecho y realidad.⁴

1. *Tratados o convenios (sistema normativo hard law)*

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la CVDT se constituyó en el marco jurídico internacional que regula el Derecho de los Tratados, sin menoscabo de los aspectos que hubiese omitido reglamentar, en cuyo caso continúa aplicándose el Derecho Consuetudinario Internacional.⁵

La CVDT fue aprobada conteniendo 85 artículos en ocho partes ordenadas de la siguiente forma: 1) Introducción; 2) Celebración y entrada en vigor de los tratados; 3) Observancia, aplicación e interpretación de los tratados; 4) Enmienda y modificación de los tratados; 5) Nulidad, terminación y suspensión de los tratados; 6) Disposiciones diversas; 7) Depositarios, notificaciones, correcciones y registro; y, 8) Disposiciones finales.

El artículo 2.1.a de la CVDT define al tratado internacional como: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Este tipo de acuerdo es vinculatorio y, por lo tanto, obligatorio, características que “la doctrina considera para clasificarlo como instrumento de derecho duro o fuerte, en inglés, *hard law*”.⁶

³ Lagos, Enrique, “Algunas tendencias del derecho internacional a principios del siglo XXI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. V, enero-diciembre de 2005, p. 309, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/122/184>.

⁴ Alan M. Feler, “*Soft Law* como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, *Lecciones y Ensayos*, Argentina, núm. 95, 2015, p. 282, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adequacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>.

⁵ Marco Jurídico Internacional en Materia de Instrumentos Internacionales, Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques del Senado de la Republica, párrafo 1, <https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/marcojuridico.pdf>.

⁶ César Nava Escudero, “El acuerdo de París. Predominio del *soft law* en el régimen climático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre de 2016, p. 102.

El carácter vinculante de tratados o convenios

La fuerza vinculante es la diferencia más clara que existe entre tratados y normas de *soft law*,⁷ en el entendido que es una de las características más relevantes y exclusivas de los primeros.

La vinculación se activará sólo si los Estados adherentes celebran —como prevé la CVDT— un “acto jurídico internacional”, con la intención de declarar categóricamente su voluntad de someterse a un convenio o tratado, siguiendo cualquiera de las “formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado”, que incluyen la “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” o “adhesión”, de conformidad a lo establecido en los artículos 1.2.b; 11; 12; 13; 14; 15; y 16 de la convención de referencia.

México, al ejecutar el acto jurídico internacional antes descrito, en su carácter de Estado Parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo hace observando el articulado citado en el párrafo anterior y de conformidad con el artículo 5 de la Ley sobre la Celebración de Tratados, mismo que señala: “La voluntad de los Estados Unidos Mexicanos para obligarse por un tratado se manifestará a través de intercambio de notas diplomáticas, canje o depósito del instrumento de ratificación, adhesión o aceptación...”.

Respecto al cumplimiento u observancia de los tratados, la CVDT en su Preámbulo expresa que “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *Pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos” y en su artículo 26 indica: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Perezcano Díaz comenta que la CVDT “se refiere, entre otras materias, a la obligatoriedad de los tratados en el plano internacional exclusivamente”;⁸ sin embargo, observamos que cuando los tratados se incorporan a las legislaciones nacionales, éstas proporcionan el detonante jurídico —generalmente de orden constitucional— para exigir su cumplimiento, no solamente a través de la buena fe, sino mediante sentencia condenatoria emitida por un órgano jurisdiccional competente.

Cuando el Gobierno de México decide vincularse a determinados tratados por la vía de la ratificación o adhesión (previa aprobación del Senado), los

⁷ Luis Francisco Sánchez Cáceres, “El Sistema de *hard law* y *soft law* en la relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 39, 2019, p. 468.

⁸ Hugo Perezcano Díaz, “Los Tratados Internacionales en el Orden Jurídico Mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XX, enero-diciembre de 2020, p. 257.

mismos quedan subsumidos a su orden jurídico nacional. Consecuentemente, su observancia será obligatoria —ya no solamente por razones propias de la buena fe o en observancia del principio *Pacta sunt servanda*—, sino en concordancia con una obligación constitucional derivada del artículo 133 de nuestra Carta Magna que establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”.

Otros ejemplos similares a los de nuestro país los encontramos en los casos siguientes:

- Argentina, donde “algunos tratados internacionales sobre derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad federal que configura el vértice de la pirámide jurídica argentina... el resto del derecho internacional se encuentra inmediatamente por debajo de la Constitución —aunque por encima de las leyes...”.⁹
- Colombia, los convenios y tratados también tienen “valor de ley y algunos tienen valor constitucional”,¹⁰
- Chile, “una vez incorporada al derecho interno, la Carta Fundamental hace suya la norma internacional como las normas que de ella puedan derivarse”.¹¹

2. *Instrumentos de soft law*

Los textos de *soft law* están desprovistos de carácter vinculante, no requieren ser sometidos a las formas de consentimiento —que deben ser observadas por los Estados cuando se adhieren a tratados— y su observancia se sustenta en una obligación de tipo moral.

Baldassare Pastore comenta que el *soft law* está integrado por actos y “elementos normativos sin valor de vinculación que, aunque no produzcan por sí solos algún derecho ni obligación, pueden determinar algunos efectos jurídicos y transformarse”.¹²

⁹ Alejandro Torres Lépori, “Los tratados internacionales en la Constitución de Argentina”, *Lecciones y ensayos*, núms. 67 y 68, Argentina, 1997, p. 302.

¹⁰ Sandra Milena Molina Peláez, “Las relaciones exteriores y los tratados en la Constitución de 1991”, *Revista IUSTA*, vol. 1, núm. 34, Colombia, enero-junio de 2011, p. 93.

¹¹ Humberto Nogueira Alcalá, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, Chile, 1997, pp. 9-62.

¹² Baldassare Pastore, “*Soft Law* y la teoría de las fuentes del Derecho”, *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política*, vol. 1, núm. 1, Chile, noviembre de 2014, pp. 75-89.

Esas opiniones derivan regularmente del análisis comparativo al que generalmente se somete el *hard law* en oposición al *soft law*. Del Toro Huerta¹³ explica que este modelo de aproximación busca:

...identificar como derecho (*hard*) solamente aquellas normas que hayan sido producidas mediante las denominadas “fuentes” tradicionales del derecho internacional, en particular, mediante los tratados y la costumbre, dejando fuera del ámbito de lo jurídico otras manifestaciones de voluntad de los sujetos de derecho internacional... como pueden ser ciertos actos y comportamientos unilaterales estatales y determinadas resoluciones de organizaciones internacionales como generadoras de obligaciones.

Frente al reconocimiento de que los tratados son el principal instrumento jurídico mediante el cual los Estados se obligan entre sí, sujetando la negociación de los mismos a la CVDT, es importante reconocer la tendencia legislativa observada por algunas organizaciones internacionales —como es el caso destacado del UNIDROIT y la CNUDMI—, a fin de aprobar con más frecuencia normas del tipo *soft law*, al considerar las ventajas que estas tienen por su alta practicidad y flexibilidad, que responden a una sociedad cada vez más dinámica y compleja en su diario acontecer cultural, político, económico y comercial.

De conformidad con la producción legislativa de la CHDIP, la CIDIP-OEA, la CNUDMI y el UNIDROIT, el *soft law* se clasifica entre otros en: principios, reglamentos, guías legislativas, recomendaciones, textos explicativos, notas y leyes modelo, siendo estas últimas las de mayor trascendencia y a las que hacemos referencia en el presente trabajo.

*Origen conceptual y características generales
de los instrumentos soft law*

El concepto *soft law* es atribuido a Lord Arnold McNair, primer presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos (1959-1965),¹⁴ y tendría como propósito realizar una distinción entre los términos *lege lata* (interpretación

¹³ Mauricio Iván del Toro Huerta, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, México, enero-diciembre de 2020, pp. 513-549.

¹⁴ Hartmut Hillgenberg, “A fresh Look at Soft Law”, *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 3, 1999, pp. 499-515.

del derecho vigente) y *lege ferenda* (modificación del derecho vigente),¹⁵ y no para establecer una diferencia “entre el derecho y el no derecho”.¹⁶

En 1983, el profesor Prosper Weil, miembro del Institut de France’s Académie des sciences morales et politiques, sostuvo que si se dotaba de mayor trascendencia al *soft law*, podría afectarse la concepción tradicional de las fuentes del Derecho Internacional, ocasionando un detrimento en su uso y su consecuente deslegitimación.¹⁷

Actualmente, es un hecho que los organismos internacionales aprueban con mayor frecuencia normas de *soft law*; a pesar que no existe un consenso doctrinario en cuanto a la forma en que debe ser definido, pero se acepta que tiene las características siguientes:

- Es declarativo, por lo que adolece de vinculación y coercividad, en tanto “no ha pasado por todas las fases previstas por el ordenamiento internacional para convertirse en *hard law*”.¹⁸
- Su cumplimiento depende de la buena fe.
- Posee cierta relevancia jurídica.

Aun cuando el incumplimiento del *soft law* no sea sancionable, algunos teóricos estiman que el infractor podrá ser objeto de una “soft coercion”, en el entendido que se impondría una censura o reproche como consecuencia de su incumplimiento. Con relación a este razonamiento, Galiana Saura subraya que:¹⁹

...resulta contradictorio con la propia finalidad del *soft law* el hecho de contemplar una sanción por su incumplimiento, ya que se basa en la adhesión

¹⁵ Gloria Alarcón García, “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en Andrés Báez Moreno (coord.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria, homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, vol. I, t. I, 2010, p. 6.

¹⁶ Ángeles Mazuelos Bellido, “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, España, 2004, p. 2.

¹⁷ En 1982, “Prosper Weil fait une critique sévère et fouillée de la *soft law* comme source de ‘désordre’ en droit international. La thèse qu’il développe est simple et efficace: l’introduction d’une ‘normativité relative’ à travers des instruments de *soft law* ou, pire encore, la reconnaissance d’une normativité juridique à des instruments qui n’en ont en réalité aucune est un facteur de dilution du droit international, de ‘dislocation de la structure normative du droit international’ et de ‘dénaturation de ses fonctions’”. Véase Pierre Brunet, “Soft law or law in progress? Relecture d’articles classiques (Weil, A. Pellet et G. Abi-Saab)”, *Hal Archives-ouvertes*, p. 1, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01710179/document>.

¹⁸ Alarcón García, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹ Ángeles Galiana Saura, “La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, España, 2016, p. 317.

voluntaria, su fuerza radica, precisamente, en la voluntaria aceptación de su contenido, ya que de no pensar así sería mejor optar por otras formas jurídicas tradicionales que sí prevén expresamente estos mecanismos de garantía de su cumplimiento.

Existen criterios que estiman que el *soft law* no es fuente del Derecho Internacional, en el entendido que todo lo que emana del artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es *hard law* en estricto sentido:

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.

Otras opiniones señalan que las disposiciones de *soft law* tienen un papel similar al de los Principios Generales de Derecho, cuando tienen la posibilidad de “constituir un parámetro interpretativo del *hard law*”.²⁰ Es decir:

...los códigos de conducta, las recomendaciones, los códigos de buenas prácticas, las declaraciones, las instrucciones, los programas... pueden definir reglas que, pese a no ser exigibles a través de los procedimientos típicos de la coerción jurídica, son susceptibles de conformar un cuerpo normativo con el carácter de auxiliar de la fuente de Derecho o en fuente de Derecho “emergente”, ya que con el paso del tiempo pueden transformarse en tratados o bien en complemento, alternativa o parámetro interpretativo de estos.²¹

Como ejemplo de lo anterior, podemos citar las normas *soft law material* agrupadas como disposiciones no imperativas incluidas en tratados de suyo

²⁰ Galiana Saura, *op. cit.*, p. 314.

²¹ Diego Andrés Zambrano Pérez, “La incidencia del llamando *soft law* o derecho blando en la interpretación del juez constitucional”, en *Tribunales constitucionales y jurisprudencia. Casos prácticos: Cuba, Italia, Colombia y México*, 1a. ed., México, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, p. 131.

obligatorios.²² Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que:

...una norma internacional de derechos humanos vinculante para el Estado Mexicano pueda ser interpretada a la luz de los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esto es, los principios consagrados en ésta pueden ser invocados por los tribunales para interpretar los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico.²³

Acorde con lo antes citado, los Tribunales Colegiados de Circuito han resuelto que el Estado Mexicano, además de acatar normas vinculantes, también debe admitir “el desarrollo de principios y prácticas de derecho internacional de carácter no vinculante”,²⁴ que corresponden a instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptadas por la mayoría de los Estados, las cuales son clasificados por la doctrina como *soft law*, cuya observancia “no tendría como consecuencia desconocer el principio de subsidiariedad de las normas supranacionales ni la inobservancia del orden jurídico nacional”.²⁵

En seguida presentamos como resumen un cuadro comparativo entre un tratado (*hard law*) y una ley modelo (*soft law*):²⁶

²² Alan M. Feler opina que el *soft law material* es “una categoría intermedia, entre la norma de *hard law* con obligaciones operativas y el instrumento puramente *soft*. El grado de cumplimiento de los preceptos de *soft law material* se encontraría, en principio, sujeto a la discrecionalidad de los Estados. Pero en caso de un incumplimiento notorio, le será exigible por los medios estipulados en el tratado, ya sea por la contraparte o por el órgano designado para ello”. Feler, *op. cit.*, p. 292.

²³ “Derechos humanos. Los tratados internacionales vinculados con éstos son de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la Reforma Constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011”, Tesis: Aislada 1a, CXCVI/2013 (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro 21, tomo I, junio de 2013, p. 602, Reg. Digital 2006533.

²⁴ “Soft law”. Los criterios y directrices desarrollados por órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos fundamentales son útiles para que los estados, en lo individual, guíen la práctica y mejoramiento de sus instituciones encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos. Tesis: aislada XXVII.3o.6 CS (10a.), T.C.C., *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, tomo III, marzo de 2015, p. 2507. Reg. Digital 208663.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Esta información proviene del documento de trabajo titulado “Los desafíos de generar e implementar el Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, elaborado por la Dirección de Derecho Internacional II de la Consultoría Jurídica (SRE) con motivo de la participación del titular de ésta oficina en la VII Reunión Conjunta del Comité Jurídico Interamericano con los Consultores Jurídicos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, celebrada del 6 al 16 de agosto de 2018, en Río de Janeiro, Brasil.

Hard law		Soft law	
Ventajas	Desventajas	Ventajas	Desventajas
Son instrumentos de alta calidad técnica, toda vez que son elaborados por expertos en la materia.	El proceso de modificación de los tratados o convenios es dilatado ya que se sujeta al cumplimiento de formalidades estrictas, lo cual es una garantía de que su contenido no variará por la sola voluntad de los Estados Parte.	Son instrumentos dotados de una gran calidad técnica, dado que son elaborados por expertos en la materia.	Los Estados, por propia voluntad, podrán modificar o excluir las disposiciones que estimen pertinentes, pudiendo con ello desvirtuar el instrumento.
Constituye la fuente jurídica internacional unificadora por excelencia.	La compatibilidad de estos instrumentos jurídicos respecto a otros tratados o convenios que regulan una misma materia, registran una alta complejidad, sean o no precedentes del mismo foro de codificación.	La positivización del <i>soft law</i> en los ordenamientos jurídicos nacionales, podrá impulsar la aplicación de tratados o convenciones.	El grado de armonización de las disposiciones de Derecho Internacional Privado y la certeza jurídica que se logra mediante la legislación modelo es inferior al que se genera a partir de un convenio Internacional.
Los tratados deben ser sometidos a un proceso legal de aceptación, aprobación o adhesión.	Demora en el proceso de adopción de tratados.	El propósito de estos instrumentos es modificar y/o legislar de forma ágil una materia determinada, sin que se requiera efectuar procesos que pudieran ser dilatados como la firma y ratificación de un Convenio.	
Algunas convenciones internacionales no concluyen con el proceso de ratificación; no obstante, su contenido influye positivamente en legislaciones internas de los Estados, fungiendo como una especie de Ley Modelo.	El uso excesivo de reservas por parte de los Estados, podría desnaturalizar el contenido de los tratados o convenios.		En virtud de que los Estados tienen la libertad de modificar o excluir unilateralmente algunas de las disposiciones que conforman el <i>soft law</i> , podría desvirtuarse el objetivo del mismo.
	Su rigurosidad normativa puede ocasionar que los Estados se inhiban de ratificarlos, en especial en aquellos tratados que no admiten reserva.	Su carácter de <i>soft law</i> otorga plena libertad a los Estados para su eventual aceptación e incorporación.	

III. INSTRUMENTOS JURÍDICOS APROBADOS EN LA CHDIP, CIDIP-OEA, CNUDMI Y UNIDROIT

En esta sección se realiza un recuento de los instrumentos jurídicos categorizados como *hard law* y *soft law*, adoptados por la CHDIP, la CIDIP-OEA, la CNUDMI y el UNIDROIT.

1. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (CHDIP)

La CHDIP aprobó en 1954²⁷ su primera convención. Hasta 2019 había negociado 37 convenios (incluidos 2 protocolos) y 1 un documento denominado “Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales”, el cual es considerado como el primer instrumento normativo clasificado como *soft law*, aprobado por esta organización el 19 de marzo de 2015. Actualmente, se negocia un proyecto legislativo que tendría como objetivo la protección jurídica para turistas que se estima, podría ser aprobado como *soft law* (norma suave).

2. Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados Americanos (CIDIP-OEA)

En 1940 la 7a. Conferencia Internacional Americana aprobó su primer instrumento, mismo que correspondió al “Protocolo sobre uniformidad del régimen legal de los poderes”. De 1943 a 2018, esta organización generó 52 convenciones o tratados,²⁸ incluida la Carta de la OEA (9 de estos instrumentos son clasificados como Derecho Internacional Privado por esta organización regional),²⁹ 18 protocolos, 2 acuerdos y 3 leyes modelo, éstas últimas sobre

²⁷ Esta información está disponible en el sitio de Internet de la CHDIP, en la sección Convenios, protocolos y principios: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions>.

²⁸ “Tratados Multilaterales Interamericanos”, vínculo: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_materia.asp#T%C3%ADtulos%20de%20Cr%C3%A9dito/Valores.

²⁹ Esta información se ha organizado cronológicamente de conformidad con los datos que aparecen en tratados multilaterales interamericanos, publicados en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_cronologico.asp y http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_firmas_cronologico_lista.asp#1940.

los siguientes temas: garantías mobiliarias (2002),³⁰ acceso a la información administrativa (2010)³¹ y sociedad por acciones simplificadas (2017).³²

3. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*

La CNUDMI ha aprobado 12 convenciones, la primera corresponde a la “Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958)”;

así como instrumentos de *soft law* que incluyen: 12 leyes modelo y más de 31 documentos que corresponden a reglamentos, guías legislativas, recomendaciones, textos explicativos, notas, etc. En 1985, esta Comisión aprobó su primera ley modelo, misma que tiene como objetivo el arbitraje comercial internacional.³³

4. *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)*

Los instrumentos internacionales aprobados por este instituto son 12 convenios (uno de los cuales incluye 4 protocolos), siendo el primero la Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road de 1956, 12 leyes modelo, 3 guías, 6 principios, 1 disposición modelo, mismos que tienen como propósito regular cuestiones de orden mercantil, civil, financiero, y cultural.³⁴ En 1994 adoptó su primer *soft law*, el cual corresponde a “Los principios relativos a los contratos de comercio internacional”.

³⁰ https://www.oas.org/dil/esp/Ley_Modelo_Interamericana_sobre_Garantias_Mobiliarias.pdf.

³¹ https://www.oas.org/juridico/english/ley_modelo_acceso.pdf.

³² http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Sociedad_por_Acciones_Simplificada_Ley_Modelo.pdf.

³³ Consultar la sección “Textos y situación” en el sitio de Internet del UNCITRAL en <https://uncitral.un.org/es/texts>.

³⁴ Véase la sección “Instruments” en el sitio de Internet del UNIDROIT en <https://www.unidroit.org/>.

<i>Instrumentos adoptados en materia de Derecho Internacional Privado</i>							
<i>CHDIP</i>		<i>CIDIP-OEA</i>		<i>CNUDMI</i>		<i>UNIDROIT</i>	
<i>Hard law</i>	<i>Soft law</i>	<i>Hard law</i>	<i>Soft law</i>	<i>Hard law</i>	<i>Soft law</i>	<i>Hard law</i>	<i>Soft law</i>
37	1 Principios (Ley modelo)	52	3 Leyes modelos 18 protocolos 2 acuerdos	12	12 Leyes Modelo 31 documentos que incluyen reglamentos, guías legislativas, recomendaciones, textos explicativos, notas, etcétera	12	12 Leyes Modelo 3 guías 6 principios 1 disposición modelo
TOTAL: <i>Hard law</i> : 113; <i>Soft law</i> : 89, de las cuales 28 son leyes modelo.							

Por lo que respecta al *soft law*, que ha servido de modelo para crear legislación interna en países del Continente Americano, destacan los siguientes:³⁵

<i>Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional</i>	
México	Libro Quinto, Título Cuarto del Código de Comercio.
Bolivia	Ley núm. 1770 sobre Arbitraje y Conciliación del 10 de marzo de 1997.
Brasil	Ley de Arbitraje núm. 9307 del 23 de septiembre de 1996.
Chile	Ley núm. 19971 el 29 de septiembre de 2004.
Colombia	Ley 1563 de 2012 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.
Costa Rica	Decreto Ley núm. 7727, que contiene la Ley para los Métodos Alternativos de Solución de Disputas y la Promoción de la Paz del 4 de diciembre de 1997.
Ecuador	Ley de Arbitraje y Mediación del 24 de agosto de 1997, bajo el Registro Oficial núm. 145 del 4 de septiembre de 1997.
Guatemala	Decreto Ley núms. 67-95 que contiene la Ley de Arbitraje del 17 de noviembre de 1995.
Honduras	Decreto Ley núm. 161-2000 que contiene la Ley de Conciliación y Arbitraje del 17 de octubre de 2000.
Panamá	Decreto Ley núm. 5 de 1999 que contiene la Ley de Arbitraje.
Perú	Ley núm. 26572 que contiene la Ley General de Arbitraje del 6 de enero de 1996.
Paraguay	Ley núm. 1879 para el Arbitraje y la Mediación del 24 de abril 2002.
Venezuela	Ley sobre Arbitraje Comercial del 7 de abril de 1998.

<i>Ley Modelo de Comercio electrónico</i>	
México	Libro Segundo del Código de Comercio.

³⁵ *Idem.*

IV. ENCUENTRO CHDIP-OEA SOBRE *SOFT LAW*

En el contexto de la VII Reunión Conjunta del Comité Jurídico Interamericano con los Consultores Jurídicos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, celebrada del 6 al 16 de agosto de 2018 en Río de Janeiro, Brasil se efectuó la “Reunión conjunta con representantes de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, para conversar sobre la conveniencia de elaborar *soft law* vis a vis la negociación de instrumentos de *hard law*, destacando los comentarios siguientes:³⁶

- Christophe Bernasconi, Secretario General de la CHDIP, indicó que esta organización está considerando si se debe centrar preferentemente en la negociación de instrumentos del tipo *soft law*, que puedan adaptarse de manera más rápida a los nuevos desarrollos; además, comentó que “Los principios sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales” es el primer instrumento de tipo *soft law* aprobado por la CHDIP y que, aunque su desarrollo es más veloz, estos instrumentos pueden servir de preludio a una ley en sentido formal o *hard law*.
- Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, comentó que visualiza la viabilidad de soluciones brindadas por instrumentos de *soft law*, tales como las leyes modelo, debido a su flexibilidad.

Los consultores jurídicos se manifestaron en el siguiente sentido:

- Mario Oyarzábal (Argentina). En lo que hace a los instrumentos vinculantes y no vinculantes, expresó que cada uno de ellos ofrecía ventajas diferenciadas. A pesar de la flexibilidad ofrecida por los instrumentos de *soft law*, estos pueden dar lugar a ciertos desafíos para su implementación. Asimismo, consideró que la preferencia por uno u otro depende de circunstancias específicas, siendo que los instrumentos de *hard law* son adecuados para tratar temas tradicionales que re-

³⁶ En este encuentro participaron los consultores jurídicos de Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Haití, Estados Unidos, México, Perú y Uruguay. “Reunión conjunta con representantes de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Actas Resumidas (16 de agosto de 2018)”, *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General*, OEA, 2018, pp. 214-228.

quieren de armonización, mientras que los de *soft law* son más convenientes para temas en evolución.

- Juan José Ruda (Perú). Coincidió con el representante argentino en cuanto a los acuerdos vinculantes y no vinculantes, ya que el uso de uno u otro puede depender de las circunstancias. Añadió que los instrumentos de *soft law* pueden proporcionar una fuente de inspiración para redactar leyes nacionales o instrumentos vinculantes.
- Alejandro Alday (México). Expresó que este país ha preferido el uso de instrumentos vinculantes debido a su mayor seguridad jurídica y facilidad de implementación; sin embargo, también reconoció el valor de los instrumentos de *soft law* y la tendencia hacia esa dirección. Un criterio utilizado en México es el relativo al objeto del instrumento propuesto, prestando especial atención a los costos involucrados en la negociación de acuerdos vinculantes.
- Jeffrey Kovar (Estados Unidos). Abordó también la naturaleza de los instrumentos de *soft law*, analizando cómo pueden estos fungir como trampolín para que legisladores nacionales den a luz nuevas leyes, así como para brindar asistencia a los operadores del derecho.

De los anteriores comentarios es posible colegir que es predominante la idea de continuar la utilización del *hard law* para tratar temas tradicionales que requieren de armonización, mayor seguridad jurídica y facilidad de implementación; en tanto que el *soft law* es más conveniente para regular temas en evolución que pueden proporcionar una fuente de inspiración para redactar leyes nacionales o instrumentos vinculantes y brindar asistencia a los operadores del derecho.

V. TIPOS DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES A ADOPTAR: ¿*HARD LAW* O *SOFT LAW*?

Una vez abordadas las características esenciales de ambos sistemas y los beneficios de codificación que ofrecen cada uno de ellos, para impulsar la armonización y unificación del Derecho Internacional, corresponde presentar un ejemplo de cómo las organizaciones internacionales en el ejercicio de sus funciones legislativas deciden en cada caso concreto (considerando metas, objetivos, alcances, materia, y sujetos), el tipo de instrumento a adoptar, es decir, si será propio del sistema *hard law* o *soft law*.

1. *Convenio del 2 de julio de 2019 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o mercantil*

La iniciativa para realizar este Convenio fue presentada por Estados Unidos a la CHDIP en 1992, siendo aprobada finalmente el 2 de julio de 2019 por los Estados miembros de la misma.³⁷ El objetivo de esta propuesta fue resolver los numerosos problemas jurídicos derivados de la “circulación internacional de sentencias”, en particular “en lo que atañe a las diferencias entre los sistemas nacionales de reconocimiento y ejecución de sentencias en el extranjero”.³⁸

La CHDIP explicó que entre las ventajas para elaborar un convenio en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sería contar con un marco jurídico uniforme “que ayudará a reducir los obstáculos jurídicos que enfrentan las personas y las empresas respecto de sus transacciones internacionales” y que al

establecer normas uniformes para el reconocimiento y la ejecución de sentencias, el futuro convenio ofrecerá a las partes una estructura simple, eficaz y previsible, que garantizará mayor certeza en los intercambios internacionales y creará una infraestructura judicial más confiable para las transacciones e inversiones internacionales. Asimismo, un régimen internacional de reconocimiento y ejecución de sentencias podría simplificar el proceso de ejecución y, por ende, reducir los costos asociados.³⁹

Durante los 17 años que tomó el proceso para elaborar y aprobar el citado Convenio, no se formularon alternativas para elaborar un instrumento de *soft law*, en vez del propuesto originalmente como *hard law*; sin embargo, ese aspecto se ha considerado al evaluar la conveniencia de negociar un instrumento en materia de protección jurídica de turistas que en seguida se comentará.

2. *Proyecto para la elaboración de un instrumento internacional en materia de protección jurídica para turistas internacionales, actualmente en debate en la CHDIP*

En la reunión del Consejo de Asuntos Generales y Políticos (CAGP) de la CHDIP, celebrada el 13 de abril de 2013, este órgano tomó nota de la propuesta

³⁷ El contenido de este Convenio puede ser consultado en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions>.

³⁸ Reseña del Proyecto sobre Sentencias, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, <https://assets.hcch.net/docs/fd59e2f9-0a72-46d5-b3c2-8072f916b9c9.pdf>.

³⁹ *Idem*.

de Brasil para negociar una convención sobre cooperación y acceso a la justicia para turistas internacionales.⁴⁰

En 2015, el CAGP solicitó al Buro Permanente de la CHDIP determinar la posibilidad de realizar dicha iniciativa, tarea que a su vez encomendó a Emmanuel Guinchard, académico especialista en Derecho Internacional Privado y Civil comparado, quien elaboró el estudio titulado “Study on the desirability and feasibility of further work on the Proposal on a Draft Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourists”, en el cual concluyó que la propuesta brasileña para negociar una convención sobre cooperación y acceso a la justicia para turistas internacionales era viable y compatible con el mandato de la CHDIP.⁴¹

El CAGP ordenó al Buro Permanente someter a consideración de un Grupo de Expertos la conveniencia de elaborar la convención en cuestión, procediendo a reunirse en dos ocasiones, en agosto de 2018 y septiembre de 2019. En esta última ocasión, algunos expertos opinaron que, si se adoptaba una convención, este instrumento potenciaría el acceso a la justicia a favor de turistas internacionales y que debería construirse sobre cuatro pilares: *a)* no discriminación entre turistas y residentes del país visitado; *b)* prevención de daños mejorando la propagación de información para difundir los derechos que las personas tienen como turistas internacionales; *c)* establecer una red especial para compartir información entre Estados participantes; *d)* acceso a la justicia en un sentido amplio, esto es, así como se garantizaría el acceso al sistema de impartición de justicia, también debería ser posible acceder a mecanismos alternativos de resolución de disputas.

Agregaron que un instrumento legalmente vinculante —como lo es una convención— tendría la fuerza legal requerida para conformar la base de un régimen de protección efectivo. Otros profesionales versados en este tema señalaron que crear una convención (o un protocolo para anexar a la Convención de la Haya sobre acceso a la justicia de 1980), no es el camino adecuado para proteger los derechos de acceso a la justicia a favor de turistas, e inclusive manifestaron su escepticismo sobre la necesidad de resolver ese problema adoptando un instrumento internacional y si, en consecuencia, la CHDIP tendría algún papel que jugar en este asunto.

⁴⁰ “Liste des Documents Préliminaires. avril/April 2013”. *Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence d’avril 2013*, HCCH, <https://assets.hcch.net/docs/5de9c911-2516-45ca-a995-23f3d3dea2d8.pdf>.

⁴¹ “Rapport final concernant une éventuelle future Convention sur la coopération et l’accès à la justice au profit des touristes internationaux (projet Tourisme)”. *Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence – mars 2018*. Document préliminaire. No. 3, febrero de 2018, p. 9, <https://assets.hcch.net/docs/2ffa8622-b2ec-4237-8831-4bfa13c703fe.pdf>.

Una mayoría de expertos concluyó que por el momento no se estimaba factible la elaboración de un convenio sobre el tema, e “insinuaron” que podrían apoyar la elaboración de un documento del tipo *soft law* como “Directrices sobre mejores prácticas” o un “Manual sobre la implementación de las disposiciones de las Convenciones de 1980 y otras Convenciones de la CHDIP que pueden ser aplicables para garantizar el acceso a la justicia a favor de turistas internacionales”, en tanto la propuesta para elaborar una ley modelo recibió un apoyo limitado.⁴²

De la posición externada por la mayoría de los expertos a fin de garantizar, a través de una *soft law* —y no de un instrumento vinculante como lo es una convención—, el acceso a la justicia en favor de turistas internacionales, interpretamos lo siguiente:

- Como estiman los consultores jurídicos de países integrantes de la OEA, el *hard law* debe ser utilizado para tratar temas tradicionales que requieren de armonización, mayor seguridad jurídica y facilidad de implementación; en tanto que el *soft law* es más conveniente para tratar temas en evolución; que pueden proporcionar una fuente de inspiración para redactar leyes nacionales o instrumentos vinculantes; así como brindar asistencia a los operadores del derecho.
- Las opiniones de los expertos que apoyan la creación de un *soft law* responderían al punto de vista externado por *Christophe Bernasconi*, Secretario General de la CHDIP, quien estima que esta organización está considerando negociar preferentemente instrumentos *soft law*, que puedan adaptarse de manera más rápida a los nuevos desarrollos.

VI. CONCLUSIONES

A 50 años de la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es poco probable que el interés mayor por aprobar *soft law*, observado principalmente en algunos organismos internacionales como UNCTRAL y CNUDMI, impulse a elaborar preponderantemente ese tipo de normas (como es el caso específico de las llamadas leyes modelo), en detrimento de la creación de convenios internacionales (*hard law*), que conlleve su abandono como medio para cumplir acuerdos celebrados entre Estados.

⁴² “Aide Memoire of the Meeting of the Experts ‘Group on the Protection of Tourists Prepared by the Chair of the Experts’ Group”, HCCH, The Hague, 3 a 6 de septiembre de 2019. Anexo 1, iii.

Los convenios y leyes modelo deben cumplirse de buena fe. En el caso de los primeros, el hecho de que los Estados se unan a ellos a través de la ratificación o adhesión, permite su incorporación —como es el caso de México— a sus sistemas normativos constitucionales; por lo tanto, si son infringidos, existe la opción de hacerlos cumplir judicialmente. Por lo que respecta a las leyes modelo —u otro tipo de disposiciones *soft law*—, la posibilidad real de que estos se observen, dependerá también de su incorporación a los sistemas jurídicos nacionales de los Estados, o bien, que sus órganos jurisdiccionales competentes las declaren como Principios Generales del Derecho.

Los consultores jurídicos de países miembros de la OEA mantienen el criterio de que los tratados tienen como objetivo regular temas tradicionales que requieren de armonización, mayor seguridad jurídica y facilidad de implementación; en el entendido que el *soft law* debe reglamentar temas en evolución, que puedan proporcionar una fuente de inspiración para redactar o reformar leyes nacionales o aprobar instrumentos internacionales vinculantes; en tanto que los organismos como UNCITRAL y CNUDMI prefieren favorecer la creación de un mayor número de instrumentos de *soft law*, tendencia que la CHDIP está considerando tomar.

En consecuencia, es viable señalar que el *soft law* complementa y, en su caso, enriquece el sistema convencional regulado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en beneficio de la unificación y armonización del Derecho tanto nacional como internacional; sin embargo, difícilmente podrá sustituirlo del todo, particularmente, si se tiene como propósito regular temas polémicos y con alto contenido técnico, cuya viabilidad aún depende de la solemnidad y formalidad propia de los convenios o tratados internacionales.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

- ALARCÓN GARCÍA, Gloria, “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en Andrés BÁEZ MORENO (coord.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria, homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, vol. I, t. I, 2010.
- ZAMBRANO PÉREZ, Diego Andrés, “La incidencia del llamando *soft law* o derecho blando en la interpretación del juez constitucional”, en *Tribunales constitucionales y jurisprudencia. Casos prácticos: Cuba, Italia, Colombia y México*, México, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.

2. Artículos

- BRUNET, Pierre, “Soft law or Law in progress? Relecture d’articles classiques (Weil, A. Pellet et G. Abi-Saab)”, Hal Archives-ouverts.
- CONEJERO ROOS, Cristian, “La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un análisis comparativo”, *Revista Chile de Derecho*, núm. 32, Chile, enero-abril de 2005.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, México, enero-diciembre de 2020.
- FELER, Alan M, “*Soft law* como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 95, Argentina, 2015.
- GALIANA SAURA, Ángeles, “La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, España, 2016.
- HILLGENBERG, Hartmut, “A fresh Look at soft law”, *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 3, 1999.
- LAGOS, Enrique, “Algunas tendencias del derecho internacional a principios del siglo XXI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, México, enero-diciembre de 2005.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, España, 2004.
- MOLINA PELÁEZ, Sandra Milena, “Las relaciones exteriores y los tratados en la Constitución de 1991”, *Revista IUSTA*, vol. 1, núm. 34, Colombia, enero-junio de 2011.
- NAVA ESCUDERO, César, “El acuerdo de París. Predominio del *soft law* en el régimen climático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIX, núm. 147, México, nueva serie, septiembre-diciembre de 2016.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, Chile, 1997.
- PASTORE, Baldassare, “*Soft law* y la teoría de las fuentes del Derecho”, *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política*, vol. 1, núm. 1, Chile, noviembre de 2014.
- PEREZCANO DÍAZ, Hugo, “Los Tratados Internacionales en el Orden Jurídico Mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, México, enero-diciembre de 2020.

- PULIDO RIVEROS, Juan Camilo, “El *soft law* en el derecho privado: sostén a la teoría de la nueva *lex mercatoria*”, *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 14, Colombia, 2018.
- SÁNCHEZ CÁCERES, Luis Francisco, “El Sistema de *hard law* y *soft law* en la relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, España, 2019.
- SCHWARC, Steven L., “*Soft law* as Governing Law”, *Minnesota Law Review*, vol. 104, núm. 5, EEUU, 2020.
- TORRES LÉPORI, Alejandro, “Los tratados internacionales en la Constitución de Argentina”, *Lecciones y Ensayos*, núms. 67 y 68, Argentina, 1997.

LA VIDA DE LOS TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL CAMPO PRÁCTICO

Luis Ángel BENAVIDES HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1977, la rationale de su creación*. III. *De la interpretación humanista a la interpretación dinámica de los tratados en materia de DIH*. IV. *El derecho vs. los hechos*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las ramas más antiguas del Derecho Internacional es, sin duda, el Derecho de la Guerra. Hasta mediados del siglo XX, la guerra en las relaciones internacionales tenía un papel muy importante toda vez que era a través de este medio que los Estados nacían, crecían y morían. Se trataba además de un medio legítimo para la solución de controversias.

La Segunda Guerra Mundial tuvo como resultado un nuevo sistema de seguridad internacional cuyos pilares, en mi opinión, son: 1) la proscripción de la guerra como medio legítimo para la solución de controversias; y, 2) la creación de un sistema de seguridad internacional basado en las Naciones Unidas cuya misión principal es mantener la paz y seguridad internacionales.

Una de las consecuencias de este nuevo sistema de seguridad internacional es la necesidad de crear reglas claras de conducta para los Estados en las relaciones internacionales y para ello, resulta de suma importancia llevar a cabo un proceso de codificación de las que hasta ese entonces eran, en su gran mayoría, reglas consuetudinarias del Derecho Internacional.¹

¹ Entre uno de los objetivos de la Asamblea General se encuentra precisamente: “impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”, artículo 13.1.a. Tal objetivo se lleva a cabo, en gran medida, a través de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.

Así, se puede afirmar que el gran avance en el Derecho Internacional en la segunda mitad del siglo XX es su codificación y la creación de diversas instancias para dirimir controversias.² Los instrumentos internacionales más importantes de las primeras décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, son: la Carta de San Francisco de 1945, los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT).

En la primera parte del presente trabajo se analiza la *rationale* de la creación y fines de los Convenios de Ginebra de 1949, así como de sus Protocolos de 1977.³

En una segunda parte se estudia la interpretación de tratados, no solamente a la luz de la CVDT, sino a través de la práctica de la Comisión de Reclamaciones entre Eritrea y Etiopía y el Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, principalmente, respecto de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos.

Finalmente, se exponen algunas conclusiones respecto del proceso de interpretación de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

II. LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 Y SUS PROTOCOLOS DE 1977, LA *RATIONALE* DE SU CREACIÓN

La guerra es una de las actividades que mayor daño hace a la humanidad y de ahí la necesidad de tratar de regularla por diversos medios.

El desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (DIH) tiene sus orígenes en el llamado Derecho de la Guerra,⁴ el cual era una de las princi-

² Véase, por ejemplo, Cesare Romano *et al.*, *The Manual on International Courts and Tribunals (International Courts and Tribunals Series)*, 2a. ed., EEUU, Oxford University Press, 2010, p. 547.

³ Si bien existen tres protocolos adicionales, siendo el tercero el relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional, del año 2005; durante el presente trabajo sólo se hace referencia a los protocolos de 1977.

⁴ Tradicionalmente se considera que la conducta de la guerra descansa sobre dos grandes pilares: el *jus ad bellum* y el *jus in bello*. El primero se refiere a las razones o justificaciones de por qué se hacía la guerra. Es una especie de legitimación del actuar del Estado. El segundo, es la regulación propiamente del Estado en la conducción de la guerra, por ejemplo, el tratamiento de los prisioneros de guerra (François Bugnion, “*Jus ad bellum, jus in bello* and non-international armed conflicts”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6, Países Bajos, 2003, pp. 167-198).

pales ramas del Derecho Internacional.⁵ Incluso a inicios del siglo XX todavía se consideraba como un medio legítimo para la solución de controversias entre los Estados.⁶

Si bien a partir de la Segunda Guerra Mundial la guerra ha sido proscrita como un medio jurídicamente válido para la solución de controversias, esto no ha impedido, desafortunadamente, que la guerra aún se utilice entre los Estados como un elemento importante en sus relaciones internacionales.

La intención del Derecho Internacional Humanitario ha sido, en términos generales, la de mitigar el daño que se hace, estableciendo reglas sobre las formas en que se conducen las guerras, incluyendo métodos y armas, pero principalmente, sobre la protección a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades.⁷

Lo que hoy en día conocemos como Derecho Internacional Humanitario ha tenido diferentes etapas de evolución. Podemos señalar tres grandes momentos. Un primer momento sería el propiamente denominado Derecho de la Guerra, y se refiere a todos aquellos usos y costumbres de la guerra entre los Estados y que abarca desde los tiempos más antiguos de la humanidad hasta aproximadamente finales del siglo XIX.⁸

En el segundo momento vendría una etapa de construcción de la paz y con ella de los primeros inicios del DIH. Este periodo va de 1899 a 1949 y la podríamos denominar la etapa de La Haya, debido a la serie de tratados internacionales que fueron adoptados en la ciudad de La Haya.⁹ En esta fase existía una tendencia para interpretar las normas de derecho internacional de una forma restrictiva. La guerra consistía en una lucha por la supervi-

⁵ En muchas ocasiones el estudio del Derecho Internacional se dividía entre el derecho de la paz y el derecho de la guerra. Véase por ejemplo, L. Oppenheim, *International law. A treatise*, vol. I [Peace, vol. II], Longmans, Green & Co., War and neutrality, 1905, p. 711.

⁶ Normalmente se considera al Pacto Kellogg-Briand de 1928, como el instrumento internacional que prohíbe el uso de la guerra como medio para la solución de controversias. “Article I The High Contracting Parties solemnly declare in the names of their respective peoples that they condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce it, as an instrument of national policy in their relations with one another”. Técnicamente se establecía la renuncia de la guerra como instrumentos de política nacional. *Cfr.* Kellogg-Briand Pact.

⁷ Véase CICR, Convenios de Ginebra y sus Protocolos. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra> visitado noviembre 2020.

⁸ Pierre Boissier, *History of the International Committee of the Red Cross*, vol. I, From Solferino to Tsushima, Henry Dunant Institute, 1985, *passim*.

⁹ Para la lista de tratados de esa época consultar ICRC, Treaties, States Parties and Commentaries, disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByTo pics.xsp> [consultado: noviembre 2020].

vencia y en perseguir intereses vitales de los Estados soberanos; las limitaciones a la libertad del Estado eran prácticamente nulas.¹⁰ En esta época el centro de atención se encuentra en la soberanía de los Estados.¹¹

La *rationale*, en esa segunda etapa, se basaba en una clara distinción en lo que se refiere a las leyes de la guerra y a los usos de la guerra. Las primeras serían obligatorias mientras que las segundas no; de ahí que las leyes de la guerra fueran muy limitadas y su interpretación muy restrictiva.¹² Es posible señalar que la expresión de esta interpretación restrictiva de la ley la podemos encontrar en el *dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Lotus, en el cual señala que aquello que no está expresamente prohibido se encuentra permitido.¹³ Dicha interpretación permitía a los Estados buscar cualquier tipo de laguna en la ley para poder evadir el cumplimiento de la misma.

Finalmente, la tercera etapa es a partir de 1949 y continúa hasta la fecha. En esta etapa pasamos de tener en el centro de la interpretación y aplicación del derecho a la soberanía de los Estados a trasladarla a la protección de las personas y convertir así el derecho de la guerra en un derecho humanitario.¹⁴

¹⁰ Robert Kolb y Katherine del Mar, “Treaties and Armed Conflict”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, pp. 79-81.

¹¹ Al respecto el TPIY señaló: “Whenever armed violence erupted in the international community, in traditional international law the legal response was based on a stark dichotomy: belligerency or insurgency. The former category applied to armed conflicts between sovereign States (unless there was recognition of belligerency in a civil war), while the latter applied to armed violence breaking out in the territory of a sovereign State. Correspondingly, international law treated the two classes of conflict in a markedly different way: interstate wars were regulated by a whole body of international legal rules, governing both the conduct of hostilities and the protection of persons not participating (or no longer participating) in armed violence (civilians, the wounded, the sick, shipwrecked, prisoners of war). By contrast, there were very few international rules governing civil commotion, for States preferred to regard internal strife as rebellion, mutiny and treason coming within the purview of national criminal law and, by the same token, to exclude any possible intrusion by other States into their own domestic jurisdiction. This dichotomy was clearly sovereignty-oriented and reflected the traditional configuration of the international community, based on the co-existence of sovereign States more inclined to look after their own interests than community concerns or humanitarian demands”. *Prosecutor v Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, párrafo 96.

¹² Robert Kolb y Katherine del Mar, *op. cit.*, pp. 79-81.

¹³ S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A), núm. 10, p. 18. “Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed”.

¹⁴ Robert Kolb y Katherine del Mar, *op. cit.*, pp. 80-81.

En este sentido resulta interesante lo indicado por la TPIY en el caso Kupreškić:

The absolute nature of most obligations imposed by rules of international humanitarian law reflects the progressive trend towards the so-called “humanization” of international legal obligations, which refers to the general erosion of the role of reciprocity in the application of humanitarian law over the last century. After the First World War, the application of the laws of war moved away from a reliance on reciprocity between belligerents, with the consequence that, in general, rules came to be increasingly applied by each belligerent despite their possible disregard by the enemy. The underpinning of this shift was that it became clear to States that norms of international humanitarian law were not intended to protect State interests; they were primarily designed to benefit individuals qua human beings. Unlike other international norms, such as those of commercial treaties which can legitimately be based on the protection of reciprocal interests of States, compliance with humanitarian rules could not be made dependent on a reciprocal or corresponding performance of these obligations by other States. This trend marks the translation into legal norms of the “categorical imperative” formulated by Kant in the field of morals: one ought to fulfil an obligation regardless of whether others comply with it or disregard it.¹⁵

En el mismo sentido, Jean Pictet señala en sus comentarios: “It must not be forgotten that the Conventions have been drawn up first and foremost to protect individuals, and not to serve State interests”.¹⁶

Esta evolución normativa se ha desarrollado a través de un proceso de interpretación extensivo o también considerado como humanista que ha permeado en las últimas décadas en el Derecho Internacional Humanitario.¹⁷

¹⁵ The Prosecutor v. Kupreškić *et al.*, Case IT-95-16, ICTY, Judgement, 14 de enero de 2000, párrafo 518.

¹⁶ ICRC, Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 august 1949. Commentary. Article 2. Application of the Convention, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/5aa133b15493d9d0c12563cd0042a15a> [consultado: noviembre de 2020].

¹⁷ Ante esta evolución interpretativa extensiva o “interpretación humanista”, Cassese propone que el desarrollo del DIH se base en tres componentes: 1) desarrollo de lineamientos no obligatorios; 2) establecimiento de mecanismos de monitoreo del DIH, que sean flexibles y efectivos; y, 3) compensar víctimas (particularmente en casos de los llamados “daños colaterales”). Antonio Cassese, “Current challenges in International Humanitarian Law”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, pp. 1-19.

III. DE LA INTERPRETACIÓN HUMANISTA A LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DIH

La interpretación de tratados de DIH se lleva a cabo bajo las mismas reglas de interpretación que existen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDI),¹⁸ es decir, bajo los artículos 31 y 32.¹⁹

En el centro de esa llamada “interpretación humanista” y a la luz de dichos artículos se encuentra una discusión más profunda: la interpretación y reinterpretación de un tratado sobre la base de su carácter evolutivo, y la (re)interpretación de un tratado sobre la base de la práctica posterior de las partes.

En mi opinión, la interpretación evolutiva y la interpretación basada en la práctica posterior no se refieren simplemente a dos fenómenos distintos; toda vez que, en la praxis, y como demostraremos más adelante, los órganos jurisdiccionales internacionales utilizan ambas “técnicas de interpretación”.²⁰ Asimismo, tratándose de la interpretación de tratados de Derecho Internacional Humanitario, es indudable que esa llamada interpretación humanitaria descansa también en una interpretación axiológica y teleológica.

Por lo anterior, consideramos que una mejor manera de denominar a este tipo de interpretación es referirse a ella como interpretación “dinámica” de los tratados,²¹ fenómeno que se presenta de manera particular en los tratados de carácter humanitario (derechos humanos y DIH)²² y que toma en

¹⁸ Sobre interpretación de tratados la doctrina es vasta, aquí algunos ejemplos: Malgosia Fitzmaurice, “Treaty Interpretation”, *European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 3, agosto de 2009, pp. 952-956; Bos Maarten, “Theory and Practice of Treaty Interpretation”, *Netherlands International Law Review*, vol. 27, núm. 2, Países Bajos, agosto de 1980, pp. 135-170; Denis. Alland, “L’interprétation du droit international public”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 362, 2012, pp. 41-394.

¹⁹ Además de la CVDI véase Oliver Dörr, “Article 31: General Rule of Interpretation”, en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 521-570.

²⁰ Arato, Julian, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, núm. 3, 2010, pp. 443-494.

²¹ Véase Rietiker, Daniel, “Effectiveness and Evolution in Treaty Interpretation”, en Hollis, Duncan B. (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012, pp. 475-506.

²² Başak Çali, “Specialised Rules of Treaty Interpretation: Human Rights”, en *ibidem*, pp. 525-550.

cuenta no sólo los aspectos teleológicos, y el efecto útil²³ de los tratados sino además la interpretación²⁴ o (re)interpretación que de ellos hacen distintas instancias internacionales como los llamados órganos y mecanismos de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, el CICR,²⁵ tribunales nacionales,²⁶ tribunales regionales,²⁷ tribunales internacionales (híbridos,²⁸ ad hoc²⁹ o permanentes),³⁰ y de alguna forma también la doctrina, la cual ha influido en dicha interpretación.

A nivel jurisdiccional, este proceso de interpretación dinámica descansa, principalmente, en la identificación de normas consuetudinarias, que tiene como finalidad primordial: dar contenido a la norma convencional y llenar posibles lagunas.³¹

Obviamente, la interpretación propuesta no está exenta de críticas y cuestionamientos,³² por ejemplo, podemos preguntarnos sobre si aspectos

²³ Daniel Rietiker, “The Principle of ‘Effectiveness’ in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law. No Need for the Concept of Treaty Sui Generis”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, núm. 2, 2010, pp. 245-277.

²⁴ Si bien el principio de eficacia, o efecto útil, no se incluyó explícitamente en el artículo 31 de la CVDT, a menudo se lo considera un principio subyacente en esa norma que se refleja en el objeto y el propósito del tratado. Sin embargo, no siempre hay un acuerdo sobre cómo la efectividad, el *effét utile*, el objeto y el propósito, y los efectos teleológicos y la interpretación dinámica interactúa exactamente entre sí.

²⁵ El TPIY señaló: “When the parties, or one of them, have refused to comply with the bulk of international humanitarian law, the ICRC has stated that they should respect, as a minimum, common Article 3. This shows that the ICRC has promoted and facilitated the extension of general principles of humanitarian law to internal armed conflict. The practical results the ICRC has thus achieved in inducing compliance with international humanitarian law ought therefore to be regarded as an element of actual international practice; this is an element that has been conspicuously instrumental in the emergence or crystallization of customary rules”. *Prosecutor v Dushko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párrafo 102.

²⁶ Las Cortes Constitucionales de Colombia y Sudáfrica. Véase también Michael Waibel, “Principles of Treaty Interpretation: Developed for and Applied by National Courts?”, en Helmut Aust y George Nolte, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Reino Unido, Oxford University Press, 2016, pp. 9-32.

²⁷ Como la Corte Europea, Interamericana y Africana de Derechos Humanos.

²⁸ Como los tribunales para Sierra Leona y Camboya.

²⁹ Es el caso de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

³⁰ Tal es el caso de la Corte Penal Internacional y de la Corte Internacional de Justicia.

³¹ Theodor Meron, “Customary Humanitarian Law Today: From the Academy to the Court Room”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Reino Unido, 2014, pp. 27-49.

³² Para una visión crítica de la identificación del Derecho consuetudinario internacional véase Monica Hakimi, “Making Sense of Customary International Law”, *Michigan Law Review*, vol. 108, núm. 8, EEUU, 2020, pp. 1487-1537.

como el objeto y fin de los tratados son estáticos o también evolucionan, y con ello, pensar si sigue siendo válida, en exactamente los mismos términos, una obligación contenida en un tratado firmado hace 50 años. En ese caso, ¿qué pasa con el consentimiento de los Estados?, ¿qué sucede con la seguridad jurídica que deben generar los instrumentos internacionales de los que los Estados son partes?, ¿cuál es la voluntad de las partes que debe prevalecer, la que se generó hace 50 años, aunque un tratado no se aplique o la voluntad de los Estados que mantiene vivo un tratado? ¿Los tratados son instrumentos vivos o resultan inmutables tanto en su letra como en su espíritu e interpretación? Los anteriores son cuestionamientos válidos que, en nuestra opinión, deben resolverse de manera casuística.

Los tratados en materia de DIH han tenido una vida particularmente interesante cuando se trata de la práctica posterior de los mismos. Así, con la finalidad de aplicar adecuadamente los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos es importante no sólo observar el texto del tratado sino también:

- a) Los principios que rigen a dicha rama del Derecho Internacional.
- b) La práctica subsecuente de los sujetos que lo aplican (Estados, CICR, grupos armados no estatales, etcétera).
- c) Las interpretaciones que se han desarrollado a través de tribunales nacionales, pero también, y más importante, a través de tribunales internacionales.

A continuación, analizaremos algunos ejemplos de cómo los Convenios de Ginebra y sus protocolos, junto con los principios del DIH y la práctica de los Estados, han sido interpretados recientemente por tribunales o instancias internacionales y con ello han contribuido al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario.

IV. EL DERECHO VS. LOS HECHOS

Normalmente la identificación de las reglas del DIH se hace en el contexto de: a) la determinación de la responsabilidad penal individual como, por ejemplo, en el caso de los tribunales ad hoc para Ruanda y la ex Yugoslavia o bien; b) la identificación de la responsabilidad internacional del Estado cómo puede ser el caso de la Corte Internacional de Justicia.³³ Sin embargo, poco

³³ Véase, por ejemplo, CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Fondo, Fallo, 27 de junio de 1986, párrafos 215-220.

se ha dicho sobre la determinación de reglas de DIH en el caso de reparaciones, por lo que resulta particularmente interesante analizar la Comisión de Reclamaciones entre Etiopía y Eritrea.³⁴

1. *La Comisión de Reclamaciones entre Eritrea y Etiopía*

Etiopía y Eritrea protagonizaron un conflicto armado internacional de 1988 a 2000.³⁵ Las partes firmaron un acuerdo de paz en diciembre de 2000 que estableció dos comisiones. Una Comisión de Límites para delimitar la frontera entre los dos países y otra, la Comisión de Reclamaciones para resolver las reclamaciones por pérdidas, daños y perjuicios resultantes del conflicto.³⁶ La Comisión de Reclamaciones tenía entre sus funciones:

[T]o decide through binding arbitration all claims for loss, damage or injury by one Government against the other, and by nationals (including both natural and juridical persons) of one party against the Government of the other party or entities owned or controlled by the other party that are (a) related to the conflict that was the subject of the Framework Agreement, the Modalities for its Implementation and the Cessation of Hostilities Agreement, and (b) result from violations of international humanitarian law, including the 1949 Geneva Conventions, or other violations of international law. The Commission shall not hear claims arising from the cost of military operations, preparing for military operations, or the use of force, except to the extent that such claims involve violations of international humanitarian law.³⁷

³⁴ Algunos otros ejemplos sobre comisiones de reclamaciones son: General Claims Commission (Mexico and United States), 1917-1926 y el Iran-United States Claims Tribunal establecido en 1981. Ambas comisiones versaron más sobre cuestiones generales de responsabilidad internacional de los Estados y no sobre DIH.

³⁵ Véase por ejemplo, Leenco Lata, “The Ethiopia-Eritrea War”, en Jane Boulden (ed.), *Dealing with Conflict in Africa: The United Nations and Regional Organizations*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2003, pp. 153-184.

³⁶ Sobre la Comisión y sus decisiones véase *Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, <https://pcapcpa.org/en/cases/71/> visitado en noviembre de 2020. Véase también Szpak, Agnieszka, “The Eritrea-Ethiopia Claims Commission and Customary International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 4, 2013, pp. 296-314.

³⁷ Artículo 5.1 Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia And The Government of The State of Eritrea (Algiers Agreement) 12 de diciembre de 2000. Disponible en: <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/786> [consultado: noviembre de 2020].

Así, una de las tareas de la Comisión fue la aplicación del DIH. Durante dicho conflicto tanto Eritrea como Etiopía consideraban que Eritrea no era parte en los Convenios de Ginebra. El CICR, que tiene un interés especial y la responsabilidad de promover el cumplimiento de los Convenios de Ginebra, tampoco consideró a Eritrea como parte en los Convenios de Ginebra.³⁸

La Comisión indicó que Etiopía era parte de los Convenios de Ginebra desde 1949. Eritrea logró la independencia de Etiopía en 1993. Si bien las reglas de sucesión de Estados en materia de tratados, establecen que el Estado sucesor puede declarar aplicable algunos o todos los tratados en vigor en su territorio antes de su independencia, dependiendo de la naturaleza de los tratados,³⁹ es claro que en el caso de Eritrea no existió tal declaración con respecto a los Convenios de Ginebra, por el contrario, tanto funcionarios de Eritrea como de Etiopía señalaron en repetidas ocasiones que Eritrea no formaba parte de los Convenios de Ginebra.⁴⁰ Eritrea se convirtió en parte de los Convenios de Ginebra hasta el 14 de agosto de 2000.⁴¹

Ante este contexto la Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía determinó que:

27. [A]lthough Eritrea was not a party to the Geneva Conventions prior to its accession to them, the Conventions might still have been applicable during the armed conflict with Ethiopia pursuant to the final provision of Article 2 common to all four Conventions, which states:

Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof. However, the evidence clearly demonstrated that, prior to its accession, Eritrea had not accepted the Conventions.

28. However, the evidence referred to above clearly demonstrates that, prior to its accession, Eritrea had not accepted the Conventions. This non-acceptance was also demonstrated by Eritrea's refusal to allow the representatives of the ICRC to visit the POWs it held until after its accession to the Conventions.

³⁸ *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4 (1 de Julio de 2003), párrafos 23-24. Notas al pie no incluidas.

³⁹ Algunos tratados como aquellos que establecen fronteras mantienen su vigencia independientemente de si existe una declaración al respecto por parte del Estado sucesor.

⁴⁰ *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, *cit.*, párrafos 23-24. Notas al pie no incluidas.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo 23.

29. Consequently, the Commission holds that, with respect to matters prior to August 14, 2000, the law applicable to the armed conflict between Eritrea and Ethiopia is customary international law. In its pleadings, Eritrea recognizes that, for most purposes, “the distinction between customary law regarding POWs and the Geneva Convention III is not significant.” It does, however, offer as examples of the more technical and detailed provisions of the Convention that it considers not applicable as customary law the right of the ICRC to visit POWs, the permission of the use of tobacco in Article 26, and the requirement of canteens in Article 28. It also suggests that payment of POWs for labour and certain burial requirements for deceased POWs should not be considered part of customary international law. Eritrea cites the von Leeb decision of the Allied Military Tribunal in 1948 as supportive of its position on this question.

[...]

31. Certainly, there are important, modern authorities for the proposition that the Geneva Conventions of 1949 have largely become expressions of customary international law, and both Parties to this case agree. The mere fact that they have obtained nearly universal acceptance supports this conclusion. There are also similar authorities for the proposition that rules that commend themselves to the international community in general, such as rules of international humanitarian law, can more quickly become part of customary international law than other types of rules found in treaties. The Commission agrees.⁴²

Así, la única fuente del Derecho Internacional que la Comisión de Reclamaciones tenía para la aplicación del DIH, por lo menos para el caso de Eritrea, fue la costumbre internacional de la que los Convenios de Ginebra de 1949 forman parte. De forma más específica la Comisión indicó que:

1. With respect to matters prior to Eritrea’s accession to the Geneva Conventions of 1949, effective August 14, 2000, the international law applicable to this claim is customary international law, including customary international humanitarian law as exemplified by the relevant parts of the four Geneva Conventions of 1949.

2. Whenever either Party asserts that a particular relevant provision of those Conventions was not part of customary international law at the relevant time, the burden of proof will be on the asserting Party.

3. With respect to matters subsequent to August 14, 2000, the international law applicable to this claim is the relevant parts of the four Geneva Conventions of 1949, as well as customary international law.⁴³

⁴² *Ibidem*, párrafos 27, 28, 29 y 31. Notas al pie no incluidas.

⁴³ *Ibidem*, p. 30.

Lo anterior es consistente con lo señalado por diversos tribunales internacionales⁴⁴ y en su momento por el Secretario General de Naciones Unidas en su informe sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia.⁴⁵ Sin embargo, dicha decisión difiere de lo señalado en otras instancias internacionales en cuanto a la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra en caso de sucesión de Estados.

Así, en el caso Celebici, uno de los argumentos abordados por la Sala de Apelaciones del TPIY era si tenía competencia para enjuiciar las infracciones graves de los Convenios de Ginebra debido a que Bosnia-Herzegovina no era parte en los Convenios hasta después de los hechos pertinentes, habiéndose adherido a ellos posteriormente. La Sala de Apelaciones sostuvo que Bosnia-Herzegovina sucedió a los Convenios de Ginebra, por lo que se consideraba parte de dichos convenios desde la fecha de su sucesión o independencia, lo cual era anterior a los hechos pertinentes.⁴⁶ La Sala de Apelaciones también declaró que, incluso sin un acto formal de sucesión, Bosnia-Herzegovina habría sucedido automáticamente a los Convenios de Ginebra, ya que son tratados de carácter universal y multilateral relacionados con los derechos humanos fundamentales. Al respecto el TPIY indicó:

The Appeals Chamber is of the view that irrespective of any findings as to formal succession, Bosnia and Herzegovina would in any event have succeeded to the Geneva Conventions under customary law, as this type of convention entails automatic succession, i.e., without the need for any formal

⁴⁴ Por ejemplo, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR, Trial Chamber, 2 de septiembre de 1998, Judgment, párrafos 606 y 608; *Prosecutor v. Tadić*, ICTY, Trial Chamber, Judgment, 7 de mayo de 1997, párrafo 577; CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, párrafo 54.

⁴⁵ “The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in armed conflict as embodied in: the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims; the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948; and the Charter of the International Military Tribunal of 8 August 1945”. Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) [Contains text of the Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991], S/25704, 3 de mayo de 1993, párrafo 35.

⁴⁶ “Indeed, the Swiss Federal Council subsequently notified the State parties to the Geneva Conventions that Bosnia and Herzegovina ‘became a party to the Conventions... at the date of its independence, i.e., on 6 March 1992’”. *Prosecutor v. Delalic et al.* (Celebici Case) Judgment on Appeal, Case No IT-96-21-Abis, Appeals Chamber, 20 de febrero de 2001, párrafo 110.

confirmation of adherence by the successor State. It may be now considered in international law that there is automatic State succession to multilateral humanitarian treaties in the broad sense, i.e., treaties of universal character which express fundamental human rights. It is noteworthy that Bosnia and Herzegovina itself recognised this principle before the ICJ.

It is indisputable that the Geneva Conventions fall within this category of universal multilateral treaties which reflect rules accepted and recognised by the international community as a whole. The Geneva Conventions enjoy nearly universal participation.

In light of the object and purpose of the Geneva Conventions, which is to guarantee the protection of certain fundamental values common to mankind in times of armed conflict, and of the customary nature of their provisions, the Appeals Chamber is in no doubt that State succession has no impact on obligations arising out from these fundamental humanitarian conventions. In this regard, reference should be made to the Secretary-General's Report submitted at the time of the establishment of the Tribunal, which specifically lists the Geneva Conventions among the international humanitarian instruments which are "beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise". The Appeals Chamber finds further support for this position in the *Tadic* Jurisdiction Decision.⁴⁷

Al respecto, resulta particularmente importante lo señalado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) en su artículo 43, referido al deber de cumplir con cualquier obligación de derecho Internacional independientemente de si existe nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado que contenga obligaciones similares.

Este artículo 43 refuerza la *rationale* del TPIY y establece, en nuestra opinión, una correlación entre derecho convencional y consuetudinario.⁴⁸ En este sentido es interesante destacar lo indicado en los Convenios de Ginebra en el caso de denuncia, relativo a la protección debida a las personas civiles:

158... La denuncia sólo será válida para con la Potencia denunciante. No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan

⁴⁷ *Ibidem*, párrafos 111-113. Notas a pie no incluidas.

⁴⁸ Véase, entre otros, William J. Fenrick, "The application of the Geneva Conventions by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *International Review of the Red Cross*, vol. 81, núm. 834, 1999, pp. 317-329.

de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.⁴⁹

Esto significa que, si bien el texto de tratado dejaría de ser exigible para el Estado que denuncia, no así los efectos protectores a las personas, en este caso, las obligaciones derivadas que resultan de “los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.⁵⁰

[I]n the light of the way States and courts have implemented [the Martens Clause] clearly shows that principles of international humanitarian law may emerge through a customary process under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent. The other element, in the form of *opinio necessitatis*, crystallizing as a result of the imperatives of humanity or public conscience, may turn out to be the decisive element heralding the emergence of a general rule or principle of humanitarian law.⁵¹

En otro ejemplo ante la Comisión de Reclamaciones, Eritrea acusó a Etiopía de haber bombardeado unos depósitos de agua al servicio de la población civil. Etiopía, por su parte, señaló que dichos depósitos constituían un objetivo militar válido toda vez que eran utilizados por las Fuerzas Armadas de Eritrea.⁵² De conformidad con el artículo 54 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra se prohíbe “atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”.

Sin embargo, dicha prohibición no es absoluta, y el mismo artículo señala que pueden ser objetos legítimos de un ataque cuando el Estado:

- a) utilice tales bienes exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas; o
- b) los utilice en apoyo directo de una acción militar, a condición, no obstante, de que en ningún caso se tomen contra tales bienes medidas cuyo resultado

⁴⁹ Convenio I, artículo 63; Convenio II, artículo 62; Convenio III, artículo 142; y, Convenio IV, artículo 158.

⁵⁰ Véase también Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, 1989, p. 45.

⁵¹ Kupreskic *et al.*, Case No. IT-95-16-T, ICTY, Trial Chamber, Judgment 14 January 2000, párrafo 527, notas a pie no incluidas.

⁵² Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award on Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims. Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26 (19 December 2005), párrafos 98 y 103.

previsible sea dejar tan desprovista de víveres o de agua a la población civil que ésta se vea reducida a padecer hambre u obligada a desplazarse.

4. Estos bienes no serán objeto de represalias.

5. Habida cuenta de las exigencias vitales que para toda Parte en conflicto supone la defensa de su territorio nacional contra la invasión, una Parte en conflicto podrá dejar de observar las prohibiciones señaladas en el párrafo 2 dentro de ese territorio que se encuentre bajo su control cuando lo exija una necesidad militar imperiosa.

Por lo tanto, el reto para la Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía era determinar si dicha disposición del Protocolo I, había adquirido el estatus de norma consuetudinaria. Etiopía sostenía que dicho artículo 54 aún no había adquirido tal el carácter.⁵³ En su análisis, la Comisión reconoció que el Protocolo I aún no había adquirido un estado universal de ratificación, como el resto de los Convenios de Ginebra, por lo que el punto de partida era si después de su creación en 1977, esa regla convencional se había convertido en norma consuetudinaria. Al respecto, la Comisión señaló que:

104... The Commission recognizes [that] Article 54 represented a significant advance in the prior law when it was included in the Protocol in 1977, so it cannot be presumed that it had become part of customary international humanitarian law more than 20 years later... The Commission also considers highly significant the fact that none of the 160 States that have become Parties to the Protocol has made any reservation or statement of interpretation rejecting or limiting the binding nature of that prohibition.

105... in those circumstances, a treaty provision of a compelling humanitarian nature that has not been questioned by any statements of reservation or interpretation and is not inconsistent with general State practice in the two decades since the conclusion of the treaty may reasonably be considered to have come to reflect customary international humanitarian law.⁵⁴

Es importante señalar aquí el proceso de identificación de la norma consuetudinaria llevado a cabo por la Comisión de Eritrea y Etiopía. Lo que hace la Comisión no es en sí la identificación de los elementos de *opinio iuris* o práctica estatal positiva sino más bien sigue un procedimiento *contrario sensu*. Esto es, en lugar de identificar uno o varios actos positivos de creación de la regla consuetudinaria, lo que hace es advertir que no existan actos negativos

⁵³ *Ibidem*, párrafo 103.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafos 104-105.

que pusieran en duda o negaran la existencia de dicha regla.⁵⁵ Algunos de las cuestiones que advierte la Comisión es la no existencia de reservas o declaraciones interpretativas rechazando o limitando el carácter obligatorio de dicho artículo 54.⁵⁶

Asimismo, es interesante notar que, si bien la Comisión reconoce, en general, el trabajo del CICR sobre la identificación de las normas consuetudinarias en materia de DIH,⁵⁷ de manera particular indicó que no compartía la postura del CICR referente al artículo 54 del Protocolo I, en la que éste señala una protección aún más amplia que la establecida en dicha disposición.⁵⁸

Lo anterior puede ser problemático cuando se busca identificar normas consuetudinarias basadas en normas convencionales, particularmente cuando los procesos de identificación normativa no son claros o consistentes. Al respecto el profesor y ex juez del Tribunal de la ex Yugoslavia, Meron, advierte:

[T]he “ought” merges with the “is”, the *lex ferenda* with the *lex lata*. The teleological desire to solidify the humanizing content of the humanitarian norms clearly affects the judicial attitudes underlying the “legislative” character of the judicial process. Given the scarcity of actual practice, it may well be that,

⁵⁵ Respecto a los varios métodos de identificación de reglas consuetudinarias, así como de la evolución del derecho internacional consuetudinario, véanse, entre otros, ILC, Third report on identification of customary international law, Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/682, 2015, pp. 2-68; Stefan Talmon, “Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion”, *European Journal of International Law*, vol. 26, núm. 2, 2015, pp. 417-443; Birgit Schlütter, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International Ad Hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 327-342; Brian Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2010, p. 397; Noora Arajärvi, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, Routledge, 2014, p. 214; Omri Sender y Michael Wood, “The Emergence of Customary International Law: Between Theory and Practice”, en Catherine Brölmann y Yannick Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Edward Elgar, 2016, pp. 133-159.

⁵⁶ Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award on Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims Eritrea’s Claims, *op. cit.*, párrafo 105.

⁵⁷ El CICR indica que esta regla se aplica tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales. Véase regla 154, en Jean Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Reino Unido, Cambridge University Press, Rules, 2005, pp. 189-193.

⁵⁸ *Cfr.* Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award on Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims Eritrea’s Claims, *op. cit.*, párrafo 105. Nota a pie 23.

in reality, tribunals have been guided, and are likely to continue to be guided, by the degree of offensiveness of certain acts to human dignity.⁵⁹

In other words, with regard to international humanitarian law the universal or almost universal accession to the relevant treaties is the only example of *usus* as an element of customary international law norm. More emphasis is put on *opinio juris* rather than practice.⁶⁰

También resulta interesante notar que la Comisión de Reclamaciones encontró qué, debido al poco tiempo de haber sido adoptada y a la poca práctica en la materia, no había ninguna regla consuetudinaria derivada de algún tratado como la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.⁶¹

2. *Del conflicto armado no internacional al conflicto armado internacional, y viceversa*

En la actualidad, la mayoría de los conflictos armados son de carácter no internacional.⁶² En este tipo de conflictos, se enfrentan las fuerzas armadas de

⁵⁹ Theodor Meron, “The Geneva Conventions as Customary Law”, *American Journal of International Law*, vol. 81, núm. 2, abril de 1987, p. 361.

⁶⁰ Agnieszka Szpak, *op. cit.*, p. 309

⁶¹ La Comisión sostuvo: “[The] Commission notes that the efforts to develop law dealing specifically with such weapons has resulted in the following treaties: the Convention on Prohibition or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices (‘Protocol II of 1980’), that Protocol as amended on May 3, 1996, and the Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction. None of these instruments was in force between the Parties during the conflict. The Commission holds that customary international humanitarian law is the law applicable to these claims. In that connection, the Commission considers that the treaties just listed have been concluded so recently and the practice of States has been so varied and episodic that it is impossible to hold that any of the resulting treaties in and of itself constituted an expression of customary international humanitarian law applicable during the armed conflict between the Parties. Nevertheless, there are elements in Protocol II of 1980, such as those concerning recording of mine fields and prohibition of indiscriminate use, that express customary international humanitarian law. Those rules reflect fundamental humanitarian law obligations of discrimination and protection of civilians”. Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award on Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims Eritrea’s Claims, *op. cit.*, párrafo 15. Notas a pie no incluidas.

⁶² Los conflictos armados no internacionales difieren ampliamente entre sí. Van de los conflictos que se asemejan a las guerras convencionales, similares a los conflictos armados

un gobierno y grupos armados organizados no estatales, o bien, entre grupos de esta última clase.⁶³

La clasificación de los conflictos en aquellos de carácter internacional, o bien, no internacional, es sumamente importante debido a dos cuestiones: la primera, dependiendo de la caracterización que se le dé a ese conflicto⁶⁴ será el marco de protección del que gozarán las personas que se encuentran siendo afectadas por el mismo. La segunda, la clasificación del conflicto no es solamente un ejercicio teórico-jurídico, sino que puede tener implicaciones políticas muy importantes.⁶⁵

En teoría, el DIH de los conflictos armados internacionales y el de los no internacionales deben estudiarse, interpretarse y aplicarse como dos ramas del derecho separadas, codificada esta última principalmente en el artículo 3 común a los Convenios⁶⁶ y al Protocolo II.

internacionales, a los que carecen esencialmente de estructura. Esta diversidad, característica de los conflictos y de las partes que intervienen en ellos, dificulta significativamente la formulación de enfoques o de planes de acción comunes que permitan mejorar el respeto del derecho humanitario.

⁶³ Los grupos armados organizados, en particular, son en extremo diferentes. Es posible encontrar desde grupos altamente centralizados (que cuentan con una sólida jerarquía, una cadena de mando eficaz, etc.), hasta descentralizados (compuestos por facciones semiautónomas que operan sin una cadena de mando claramente definida). Estos grupos también pueden presentar diferencias por lo que concierne al grado de control territorial, a su capacidad para entrenar a sus miembros y a las medidas disciplinarias o punitivas que toman para sancionar a los miembros que cometen violaciones contra el derecho humanitario.

⁶⁴ Para una clasificación de tipos de conflictos armados, incluidos conflictos armados no internacionales de baja y alta intensidad. Véase Sylvain Vité, "Typology of armed conflicts in international humanitarian law: Legal concepts and actual situations", *International Review of The Red Cross*, vol. 91, núm. 873, marzo de 2009, pp. 69-94.

⁶⁵ Por ejemplo, en una guerra de secesión, el hecho de que se clasifique como un conflicto armado no internacional implica que la secesión no ha tenido éxito aún, lo que quizá no sea del agrado de la facción secesionistas. Por otro lado, clasificar la guerra de secesión como un conflicto armado internacional implica que los secesionistas son un Estado separado, lo que no sería aceptable para las autoridades centrales.

⁶⁶ "Artículo 3. Conflictos no internacionales.

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

Sin embargo, en los últimos años esas áreas de aplicación del DIH se han acercado a través de la jurisprudencia de tribunales internacionales como los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, la evolución del derecho internacional consuetudinario; el desarrollo convencional, por ejemplo en cuanto a que los Estados⁶⁷ han aceptado que los tratados recientes sobre armas y sobre protección de bienes culturales son aplicables a ambas categorías de conflictos; y la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁶⁸

En este sentido, uno de los problemas a los cuales se enfrentó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, fue el de determinar, en primer lugar, si se trataba de un conflicto de carácter no internacional⁶⁹ o bien de

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

⁶⁷ “State practice shows that general principles of customary international law have evolved with regard to internal armed conflict also in areas relating to methods of warfare. In addition to what has been stated above, with regard to the ban on attacks on civilians in the theatre of hostilities, mention can be made of the prohibition of perfidy. Thus, for instance, in a case brought before Nigerian courts, the Supreme Court of Nigeria held that rebels must not feign civilian status while engaging in military operations. *Pius Nwaoga v. The State*, 52 International Law Reports, 494, at 496-97 (Nig. S. Ct. 1972)”. *Prosecutor v Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, párrafo 125.

⁶⁸ “[T]he more recent and comprehensive notion of ‘international humanitarian law’, which has emerged as a result of the influence of human rights doctrines on the law of armed conflict”. *Prosecutor v Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *op. cit.*, párrafo 87.

⁶⁹ Eric David, “Internal (non-international) Armed Conflicts”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, pp. 353-364.

un conflicto internacional;⁷⁰ como ya señalamos, la clasificación del tipo de conflicto que se trate determina el tipo de reglas que son aplicables.⁷¹

Since the 1930s, however, the aforementioned distinction has gradually become more and more blurred, and international legal rules have increasingly emerged or have been agreed upon to regulate internal armed conflict... It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value as far as human beings are concerned... If international law, while of course duly safeguarding the legitimate interests of States, must gradually turn to the protection of human beings, it is only natural that the aforementioned dichotomy should gradually lose its weight. The emergence of international rules governing internal strife has occurred at two different levels: at the level of customary law and at that of treaty law. Two bodies of rules have thus crystallised, which are by no means conflicting or inconsistent, but instead mutually support and supplement each other. Indeed, the interplay between these two sets of rules is such that some treaty rules have gradually become part of customary law. This holds true for common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions, as was authoritatively held by the International Court of Justice (Nicaragua Case, at para. 218), but also applies to Article 19 of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 14 May 1954, and, as we shall show below (para. 117), to the core of Additional Protocol II of 1977.⁷²

Este es un claro ejemplo en el que las reglas convencionales que regulan a los conflictos armados internacionales han sido rebasadas por una interpretación dinámica de su texto. Ésta se basa fundamentalmente en la práctica de los Estados. Al respecto, sin embargo, el TPIY hace una advertencia:

[a] word of caution on the law-making process in the law of armed conflict is necessary. When attempting to ascertain State practice with a view to establishing the existence of a customary rule or a general principle, it is difficult,

⁷⁰ Theodor Meron, "Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout", *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 2, abril de 1998, *passim*.

⁷¹ En el caso de la ex Yugoslavia, el conflicto en distintos momentos, fue un conflicto tanto de carácter internacional como de carácter no internacional. "[W]e conclude that the conflicts in the former Yugoslavia have both internal and international aspects, that the members of the Security Council clearly had both aspects of the conflicts in mind when they adopted the Statute of the International Tribunal, and that they intended to empower the International Tribunal to adjudicate violations of humanitarian law that occurred in either context". The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *op. cit.*, párrafo 77.

⁷² *Ibidem*, párrafos 97-98.

if not impossible, to pinpoint the actual behaviour of the troops in the field for the purpose of establishing whether they in fact comply with, or disregard, certain standards of behaviour. This examination is rendered extremely difficult by the fact that not only is access to the theatre of military operations normally refused to independent observers (often even to the ICRC) but information on the actual conduct of hostilities is withheld by the parties to the conflict; what is worse, often recourse is had to misinformation with a view to misleading the enemy as well as public opinion and foreign Governments. In appraising the formation of customary rules or general principles one should therefore be aware that, on account of the inherent nature of this subject-matter, reliance must primarily be placed on such elements as official pronouncements of States, military manuals and judicial decisions.⁷³ Therefore, at least with respect to the minimum rules in common article 3, the character of the conflict is irrelevant.⁷⁴

Así, la importancia del compendio de reglas de derecho consuetudinario del Derecho Internacional Humanitario realizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja resulta muy importante.⁷⁵ Si bien es cierto esas reglas recogen la práctica de los Estados y de otros sujetos que participan en el campo de operaciones militares, también es cierto que el trabajo de interpretación realizado por el CICR es un trabajo eminentemente académico por lo que los estándares probatorios para la determinación de una regla consuetudinaria de derecho pudieran ser diferentes a los empleados por un órgano judicial.⁷⁶ Al respecto, es interesante notar que la Sala de Apelación del TPIY en el caso Tadic realizó una compilación importante de la práctica estatal en la aplicación del DIH.⁷⁷

De acuerdo con los resultados del Estudio del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario, 136 (y posiblemente 141) de las 161 normas del derecho humanitario consuetudinario, se aplican tanto para conflictos armados internacionales como no internacionales.⁷⁸

En el caso Celebici, el TPIY indicó que se debía tomar en cuenta las realidades de las circunstancias en las cuales se desarrolló el conflicto en

⁷³ *Ibidem*, párrafo 99.

⁷⁴ *Ibidem*, párrafo 102.

⁷⁵ Jean Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁶ Georges Abi-Saab, "International Criminal Tribunals and the Development of International Humanitarian and Human Rights Law", en Emile Yakpo y Tahar Boumedra (eds.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Países Bajos, Brill, 1999, pp. 649-659.

⁷⁷ Prosecutor v Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *op. cit.*, párrafos 100-127.

⁷⁸ Jean Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *op. cit.*, *passim*.

Bosnia y Herzegovina y que “(t)he law must be applied to the reality of the situation”⁷⁹ reafirmando el carácter consuetudinario del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁸⁰ e indicando que: “These rules may thus be considered as the ‘quintessence’ of the humanitarian rules found in the Geneva Conventions as a whole”.⁸¹ La naturaleza consuetudinaria del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra también había sido confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua.⁸²

El mismo carácter consuetudinario de las reglas relativas a los conflictos armados no internacionales, fue reafirmado en el caso Tadic: “[M]any provisions of [Additional Protocol II to the Geneva Conventions] can now be regarded as declaratory of existing rules or as having crystallised emerging rules of customary law or else as having been strongly instrumental in their evolution as general principles”.⁸³

En nuestra opinión, el avance más importante en el TPIY no es solamente el reconocimiento de obligatoriedad consuetudinaria de las reglas contenidas en el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra, sino el indicar que la distinción entre los dos tipos de conflictos (internacional y no internacional) es una distinción que, a la luz de la evolución del DIH y del DDHH,⁸⁴ resulta, en términos prácticos, no sostenible por lo menos en lo que se refiere a un estándar mínimo de protección:

⁷⁹ Prosecutor v. Delalic *et al.* (Celebici Case), Trial Judgement, Case No IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párrafo 264.

⁸⁰ *Ibidem*, párrafos 138-139.

⁸¹ *Ibidem*, párrafo 143.

⁸² “[A]rticle 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non-international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’ (Corfu Channel, Merits, I. C. J. Reports 1949, p. 22; paragraph 2 15 above). The Court may therefore find them applicable to the present dispute”. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, párrafo 218.

⁸³ Prosecutor v Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *op. cit.*, párrafo 117.

⁸⁴ Para una visión aún más progresista sobre la aplicación del artículo 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en particular la aplicación del DIH a los conflictos de carácter no internacional. Véase Separate Opinion of Judge Abi-Saab, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY, No. IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, *passim*.

[I]ndeed, elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals on their own territory. What is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife.⁸⁵

The protection of civilians in time of armed conflict, whether international or internal, is the bedrock of modern humanitarian law.⁸⁶

The emergence of the aforementioned general rules on internal armed conflicts does not imply that internal strife is regulated by general international law in all its aspects. Two particular limitations may be noted: (i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and (ii) this extension has not taken place in the form of a full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts; rather, the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts.

Notwithstanding these limitations, it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife. These rules, as specifically identified in the preceding discussion, cover such areas as protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks, protection of civilian objects, in particular cultural property, protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as prohibition of means of warfare proscribed in international armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities.⁸⁷

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia reafirmó la obligación de los Estados de respetar y asegurar el respeto⁸⁸ de los Convenios de Ginebra:

⁸⁵ Prosecutor v Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *op. cit.*, párrafo 119. Véase también Prosecutor v. Delalic *et al.* (Celebici Case), Trial Judgement, Case No IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párrafo 150.

⁸⁶ Kupreskic *et al.*, Case No. IT-95-16-T, ICTY, Trial Chamber, Judgment 14 de enero de 2000, párrafo 521. Notas a pie no incluidas.

⁸⁷ Prosecutor v Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *op. cit.*, párrafos 126-127.

⁸⁸ En el artículo 1 común, se solicita a los Estados, que no son parte en un conflicto armado, que no alienten a otros integrantes a violar el DIH, ni tomen medidas que puedan contribuir a esas violaciones. Además, la interpretación que se hace del artículo 1 común es, en general, solicitar a los Estados que no son parte en un conflicto armado a esforzarse —mediante medidas positivas— a hacer que las partes en un conflicto respeten el DIH. Esto significa, tomar las medidas apropiadas, unilateral o colectivamente, contra las partes en un conflicto que violan el DIH y, en especial, actuar ante Estados o grupos armados sobre los que pueden

The Court considers that there is an obligation on the United States Government, in the terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to “respect” the Conventions and even “to ensure respect” for them “in all circumstances”, since such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression. The United States is thus under an obligation not to encourage persons or groups engaged in the conflict in Nicaragua to act in violation of the provisions of Article 3 common to the four 1949 Geneva Conventions.⁸⁹

Otro aspecto importante en el desarrollo jurisprudencial del TPIY es no solo haber declarado el carácter consuetudinario de algunas normas convencionales humanitarias sino al mismo tiempo reafirmado su naturaleza de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*.⁹⁰

Por lo anterior, es posible concluir que la labor interpretativa del TPIY de las disposiciones convencionales humanitarias, con base en la práctica de los Estados ha expandido el alcance del marco de protección originalmente establecido en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales.

V. CONCLUSIONES

El Derecho Internacional Humanitario a través de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1977, representan tanto la cristalización de normas consuetudinarias, del entonces considerado Derecho de la Guerra, como

ejercer alguna influencia. No se trata de una obligación de alcanzar un resultado específico sino del deber de adoptar todas las medidas posibles para prevenir o poner término a violaciones del DIH.

⁸⁹ (*Nicaragua v. United States of America*), *cit.*, párrafo 220.

⁹⁰ “Furthermore, most norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide, are also peremptory norms of international law or *jus cogens*, i.e., of a non-derogable and overriding character. One illustration of the consequences which follow from this classification is that if the norms in question are contained in treaties, contrary to the general rule set out in Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a material breach of that treaty obligation by one of the parties would not entitle the other to invoke that breach in order to terminate or suspend the operation of the treaty. Article 60(5) provides that such reciprocity or in other words the principle *inadimplenti non est adimplendum* does not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular the provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties”. Kupreskic *et al.*, Case No. IT-95-16-T, ICTY, Trial Chamber, Judgment 14 de enero de 2000, párrafo 520. Notas a pie no incluidas.

también el desarrollo de, en ese momento, nuevas reglas de lo que ahora conocemos como Derecho Humanitario.

Los Convenios de Ginebra de 1949, tal como los conocemos, representan una fotografía del Derecho Internacional Humanitario de esa época. Sin embargo, eso no significa que el DIH haya cesado en su evolución, por el contrario, es a partir de la Segunda Guerra Mundial que éste junto con el Derecho Penal Internacional y el derecho internacional de los derechos humanos han tenido un enorme desarrollo, mucho de ese desarrollo lo vemos nosotros en la evolución que ha tenido el derecho consuetudinario.

El análisis realizado por la Comisión de Reclamaciones de Eritrea y Etiopía, así como por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, respecto de la interpretación y aplicación de los Convenios de Ginebra, demuestran que los métodos de interpretación de tratados contemplados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, son una herramienta útil. Sin embargo, la interpretación dinámica realizada en dichas instancias son muestra de la necesidad de que en materia de DIH se tiene que colmar lagunas y expandir protecciones.

Lo anterior demuestra que los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario son instrumentos vivos que evolucionan con el tiempo y práctica de los Estados.⁹¹ La codificación del Derecho de los Tratados, en su expresión máxima de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969,⁹² ha servido, sin lugar a duda, a tener reglas más claras sobre el funcionamiento de los tratados a nivel internacional. Sin embargo, la práctica de los Estados, en su dimensión de costumbre internacional, sigue siendo la fuerza que, en muchas ocasiones, les da un verdadero contenido y sentido a las obligaciones contempladas en los distintos instrumentos internacionales.

⁹¹ Theodor Meron, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, vol. 90, núm. 2, abril de 1996, *passim*.

⁹² Al momento de escribir el presente trabajo, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 ha tenido un impacto modesto en la comunidad internacional. 116 Estados forman parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, lo que representa alrededor de 60% de la comunidad de Estados, en donde destaca el hecho de que Francia no haya ni siquiera firmado la Convención de Viena; Estados Unidos la firmó pero no la ha ratificado. Por su parte, la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados tiene únicamente 23 Estados Parte y la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados Derecho entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, cuenta con 44 sujetos que son parte. Véase UNTS https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=23&subid=A&clang=_en [consultado: noviembre de 2020].

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

- ABI-SAAB, Georges, “International Criminal Tribunals and the Development of International Humanitarian and Human Rights Law”, en Emile YAKPO y Tahar BOUMEDRA (eds.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Países Bajos, Brill, 1999.
- ALLAND, Denis, “L’interprétation du droit international public”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 362, 2012.
- ARAJÄRVI, Noora, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, Routledge, 2014.
- BOISSIER, Pierre, *History of the International Committee of the Red Cross*, vol. 1, From Solferino to Tsushima, Henry Dunant Institute, 1985.
- ÇALI, Başak, “Specialised Rules of Treaty Interpretation: Human Rights”, en Duncan B. HOLLIS (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012.
- CASSESE, Antonio, “Current challenges in International Humanitarian Law”, en Andrew CLAPHAM y Paola GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014.
- DAVID, Eric, “Internal (non-international) Armed Conflicts”, en Andrew CLAPHAM y Paola GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014.
- DÖRR, Oliver, “Article 31: General Rule of Interpretation”, en Oliver DÖRR y Kirsten SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012.
- HENCKAERTS, Jean Marie y Louise DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Reino Unido, Cambridge University Press, Rules, 2005.
- KOLB, Robert y Katherine del MAR, “Treaties and Armed Conflict”, en Andrew CLAPHAM y Paola GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014.
- LATA, Leenco, “The Ethiopia-Eritrea War”, en Jane BOULDEN (ed.), *Dealing with Conflict in Africa: The United Nations and Regional Organizations*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2003.

- LEPARD, Brian, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2010.
- MERON, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, 1989.
- MERON, Theodor, “Customary Humanitarian Law Today: From the Academy to the Court Room”, en Andrew CLAPHAM y Paola GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Reino Unido, 2014.
- OPPENHEIM, L., *International law. A treatise*, vol. I, Longmans, Green & Co., 1905; vol. II, Peace, War and neutrality.
- RIETIKER, Daniel, “Effectiveness and Evolution in Treaty Interpretation”, en Duncan B. HOLLIS (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012.
- ROMANO, Cesare *et al.*, *The Manual on International Courts and Tribunals (International Courts and Tribunals Series)*, 2a. ed., EEUU, Oxford University Press, 2010.
- SCHLÜTTER, Birgit, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International Ad Hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Martinus Nijhoff, 2010.
- SENDER, Omri y Michael WOOD, “The Emergence of Customary International Law: Between Theory and Practice”, en Catherine BRÖLMANN y Yannick RADI (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Edward Elgar, 2016.
- WAIBEL, Michael, “Principles of Treaty Interpretation: Developed for and Applied by National Courts?”, en Helmut AUST y George NOLTE, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Reino Unido, Oxford University Press, 2016.

2. Artículos

- ARATO, Julian, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, núm. 3, 2010.
- BUGNION, François, “*Jus ad bellum, jus in bello* and non-international armed conflicts”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Países Bajos, vol. 6, 2003.

- FENRICK, William J., “The application of the Geneva Conventions by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, *International Review of the Red Cross*, vol. 81, núm. 834, 1999.
- FITZMAURICE, Malgosia, “Treaty Interpretation”, *European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 3, agosto de 2009.
- HAKIMI, Monica, “Making Sense of Customary.
- MAARTEN, Bos, “Theory and Practice of Treaty Interpretation”, *Netherlands International Law Review*, vol. 27, núm. 2, Países Bajos, agosto de 1980.
- MERON, Theodor, “Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout”, *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 2, abril de 1998.
- MERON, Theodor, “The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, vol. 90, núm. 2, abril de 1996.
- MERON, Theodor, “The Geneva Conventions as Customary Law”, *American Journal of International Law*, vol. 81, núm. 2, abril de 1987.
- RIETIKER, Daniel, “The Principle of ‘Effectiveness’ in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law. No Need for the Concept of Treaty Sui Generis”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, núm. 2, 2010.
- SZPAK, Agnieszka, “The Eritrea-Ethiopia Claims Commission and Customary International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 4, 2013.
- TALMON, Stefan, “Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion”, *European Journal of International Law*, vol. 26, núm. 2, 2015.

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949: UNA TAREA INDISPENSABLE PARA MANTENER SU APLICABILIDAD A LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS

Eric TARDIF CHALIFOUR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Derecho Internacional Humanitario, la relevancia de los Convenios de Ginebra y su interpretación*. III. *Dos casos emblemáticos*. IV. *Conclusión*. V. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Los cuatro Convenios de Ginebra, celebrados en 1949, constituyen la piedra angular del Derecho Internacional Humanitario (DIH) moderno y se cuentan entre los pocos tratados internacionales ratificados universalmente, sobre todo porque reflejan los valores universales del comportamiento ético que debe desplegarse en los campos de batalla. Han sido revalidados con frecuencia y están ampliamente integrados en los sistemas jurídicos nacionales y en las doctrinas militares. Todos los días, las fuerzas armadas aplican el DIH para reducir los costos que tiene la guerra para la humanidad.¹ Así, en el año en que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —por supuesto fundamental para la interpretación de los Convenios de Ginebra— cumplía su 50 aniversario, se celebraba también el 70 aniversario de éstos.

En vista de la multiplicidad de conflictos armados en el mundo actual —en particular conflictos armados no internacionales (CANIs)— que recal-

¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. Reafirmar el compromiso con la protección en los conflictos armados en el 70o. aniversario de los Convenios de Ginebra*, Ginebra, CICR, 2019, p. 10, https://rcrcconference.org/app/uploads/2019/10/33IC-IHL-Challenges-report_ES.pdf.

can la necesidad de reglas claras y del respeto de estas mismas,² la interpretación de los Convenios es clave para asegurar el bienestar tanto de civiles como de las partes en conflicto. Es por ello que, desde su adopción, los Convenios han sido objeto de una amplia interpretación por parte de distintos actores.

Después de abordar la relevancia de los Convenios a siete décadas de su adopción y como se ha llevado a cabo su exégesis, la presente contribución se enfocará en la interpretación que se ha hecho de dos conceptos fundamentales, abordados en el artículo 1o. (obligación de respetar y hacer respetar el DIH) y el artículo 3o. (concepto de conflicto armado), ambos comunes a los cuatro Convenios.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, LA RELEVANCIA DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y SU INTERPRETACIÓN

1. *El DIH y la relevancia de los Convenios de Ginebra*

Como es sabido, el DIH —también llamado “derecho de la guerra” o “derecho de los conflictos armados”— es una de las ramas más antiguas del derecho internacional público y atañe directamente a los intereses de seguridad fundamentales del Estado;³ puede ser definido como un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados, protegiendo a las personas que no participan o han dejado de participar en los combates y limita los medios —especialmente las armas— y métodos —como son ciertas tácticas militares— de hacer la guerra.⁴

El impulso moderno del DIH se debe, en gran parte, a la publicación en 1862 del libro *Recuerdo de Solferino*, escrito por Henry Dunant, en el cual rela-

² Por ejemplo, el International Institute for Strategic Studies identifica 33 conflictos armados activos en 2019 (Armed Conflict Survey 2020, Londres, 2020), y la Geneva Academy contabilizaba 69 en 2018 (Geneva Academy, *The War Report-Armed Conflicts in 2018*, Ginebra, 2019, p. 31, <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/The%20War%20Report%202018.pdf>).

³ Robin Geiss y Andreas Zimmermann, “The International Committee of the Red Cross: A Unique Actor in the Field of International Humanitarian Law Creation and Progressive Development”, en Robin Geiss et al. (eds.), *Humanizing the Laws of War the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 216.

⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, “¿Qué es el derecho internacional humanitario?”, julio de 2004, <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf>.

ta una de las batallas más cruentas de la época, donde los soldados heridos estuvieron condenados a morir porque los ejércitos carecían de servicios sanitarios o estos eran muy deficientes. El año 1864 es considerado como la fecha de nacimiento del DIH moderno ya que en ese año se celebró una conferencia diplomática en Suiza, que concluyó con la firma del Convenio de Ginebra del 22 de agosto y se buscaba el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña. Este hito fue rápidamente complementado por la Declaración de San Petersburgo (1868) que prohíbe la utilización de ciertos proyectiles en tiempos de guerra y proclama la prohibición general de utilizar armas “que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres”.⁵

A finales del siglo XIX y principios del XX, se celebraron en La Haya las Conferencias de Paz de 1899 y 1907 y, en 1906, se revisó el Convenio de 1864. La Conferencia de 1907, que revisó y amplió la primera, aprobó 14 convenios entre los que destaca el IV Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su Reglamento. Posteriormente, debido a los problemas humanitarios evidenciados por la Primera Guerra Mundial, se aprobaron los Convenios de Ginebra de 1929, para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el debido trato a los prisioneros de guerra.⁶

Tras los estragos ocasionados durante la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto, se prepararon los proyectos de los Convenios de Ginebra de 1949, que fueron estudiados durante la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Estocolmo en 1948. Al año siguiente, los Estados interesados firmaron los cuatro Convenios; el primero para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el segundo para aliviar la suerte que corren los heridos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el tercero, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y, el cuarto, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

El Convenio I plantea que se debe respetar y prestar protección a los heridos y enfermos, pero también al personal médico y religioso, a las unidades médicas y al transporte médico; en este mismo se reconoce la cruz roja sobre fondo blanco, así como otros emblemas distintivos que confieren protección al personal sanitario de las fuerzas armadas y a los colaborado-

⁵ Declaración de San Petersburgo de 1868, cuarto considerando.

⁶ François Bugnion, “Droit de Genève et droit de La Haye”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 83, núm. 844, pp. 902-905, https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/irrc_844_001_bugnion.pdf.

res humanitarios en los conflictos armados, y son también utilizados por las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de los distintos países a título identificativo. El segundo Convenio retoma las disposiciones del primero en cuanto a su estructura y su contenido, adaptándolas al contexto de la guerra marítima, protegiendo, por ejemplo, los buques hospitales. El tercer Convenio determina las categorías de personas que tienen derecho a recibir el estatuto de prisionero de guerra, de conformidad con los Convenios I y II; en él, se definen con mayor precisión las condiciones y los lugares relativos a su captura, las cuestiones vinculadas al trabajo de los prisioneros, sus recursos financieros, la asistencia que tienen derecho a recibir y como se pueden llevar a cabo los procesos judiciales en su contra. También establece el principio de que los prisioneros deben ser liberados y repatriados sin demora tras el cese de las hostilidades activas.⁷

Cabe recordar que los instrumentos anteriores a los Convenios de Ginebra de 1949 se centraban en los combatientes. Los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial pusieron en evidencia las consecuencias desastrosas que significó la ausencia de un tratado que amparara a los civiles en tiempo de guerra; por lo tanto, el cuarto Convenio se enfoca en el estatus y el trato que debe darse a las personas protegidas, define —para los casos de ocupación— las obligaciones de la potencia ocupante respecto de la población civil y contiene disposiciones precisas acerca de la ayuda humanitaria que tiene derecho a recibir la población civil de territorios ocupados, estableciendo también un régimen específico sobre el trato a otorgar a los internados civiles.⁸

En las décadas siguientes a la aprobación de los Convenios de Ginebra, se registró un aumento en el número de CANIs y de guerras de liberación nacional. Debido a ello, en 1977 se aprobaron dos Protocolos adicionales a los cuatro Convenios. Estos instrumentos refuerzan la protección que se confiere a las víctimas de los conflictos internacionales (Protocolo I) y de los CANIs (Protocolo II), y fijan límites a la forma en qué se libran las guerras; el Protocolo II es el primer tratado dedicado exclusivamente a las situaciones de CANI. Cabe apuntar que la negociación de los Protocolos de 1977 permitió asimismo que los Estados creados con posterioridad a la adopción de los Convenios de Ginebra empezaran a contribuir al desarrollo del DIH. Más

⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales”, enero de 2014, <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>.

⁸ *Idem*.

tarde, en 2005, se aprobó un tercer Protocolo, que establece un emblema adicional (el cristal rojo).

Todo el DIH se inspira en un conjunto de principios humanitarios que revisten una importancia capital, guiando la interpretación del DIH convencional, dándole el sentido más acorde con su objetivo esencial que es proteger a las víctimas de los conflictos;⁹ los principios cardenales son: humanidad, distinción, proporcionalidad, necesidad militar y limitación.¹⁰ De esta suerte, se puede apuntar que los Convenios de Ginebra buscan fomentar un equilibrio pragmático entre la necesidad militar y las consideraciones humanitarias.

Varios instrumentos más han sido adoptados para complementar el acervo del DIH; entre ellos, la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y sus dos Protocolos, la Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas, la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus cinco Protocolos, la Convención de 1993 sobre Armas Químicas, el Tratado de Ottawa de 1997 sobre las Minas Antipersonal, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados y el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares de 2017.¹¹

Es importante subrayar aquí la relevancia del derecho consuetudinario como parte del acervo normativo del DIH, ya que este tiene su origen en las prácticas militares que se desarrollaron con el tiempo y en todos los continentes. Su importancia se debe en parte a que las normas convencionales no regulan una porción importante de los conflictos armados contemporáneos con suficiente detalle, ya que la mayoría de los conflictos actuales son CANIs, los cuales se encuentran sometidos a menos normas convencionales que los conflictos internacionales, por ejemplo, el Protocolo adicional II apenas contiene 15 artículos sustantivos, mientras que el Protocolo adicio-

⁹ Elizabeth Salmón, *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3a. ed., Lima, CICR, 2012, pp. 56-57.

¹⁰ Sobre el tema, véase, por ejemplo, Nils Melzer, *Derecho internacional humanitario: una introducción integral*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019, pp. 17 y ss., <https://www.casade.org/index.php/biblioteca-casade-2-0/justicia/492-derecho-internacional-humanitario-una-introduccion-integral>.

¹¹ Para una somera descripción de los principales tratados en materia de DIH, véase, por ejemplo, Comité Internacional de la Cruz Roja, Informe 2018-19, “Aplicar el derecho internacional humanitario. Participación de los Estados americanos en los tratados de relevancia para el DIH y su aplicación nacional. Avances y actividades en América”, CICR, México, 2020, pp. 10-14, <https://www.icrc.org/es/publication/aplicar-el-derecho-internacional-humanitario-informe-20182019>.

nal I tiene más de 80.¹² Varias jurisdicciones internacionales han reconocido la aplicabilidad de normas consuetudinarias, volviéndolas vinculantes para todos los Estados.

En esencia, la relevancia de los Convenios de Ginebra y los demás tratados de la materia radica en que cuando se respeta el derecho internacional humanitario, se reduce drásticamente el daño a las personas civiles. Todos los días, vemos el DIH en acción: cuando una persona herida atraviesa un puesto de control, cuando un niño recibe alimentos y ayuda, cuando se mejoran las condiciones de vida de las personas detenidas o cuando pueden establecer contacto con sus familiares.

2. *La interpretación de los Convenios de Ginebra*

A. Reglas que se desprenden de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Como lo expresaba el profesor Reuter, “la interpretación consiste en encontrar la voluntad de las partes a partir de un texto”.¹³ Aunque esta tarea ha sido ampliamente llevada a cabo por los Estados y las organizaciones internacionales, la creación de múltiples jurisdicciones internacionales durante las últimas décadas ha despertado un renovado interés para la interpretación de tratados.¹⁴

Según el artículo 31 de la Convención de Viena, un tratado debe interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”; la idea de interpretación de buena fe se vincula por supuesto con el principio de *Pacta sunt servanda* establecido en el artículo 26. Según el artículo 31, inciso 2, el contexto incluye el preámbulo y los anexos. El inciso 3 indica que deberá considerarse, entre otros criterios, toda práctica ulterior seguida en aplicación del tratado. El artículo 32 establece que podrán también tomarse en cuenta los *travaux préparatoires* y las circunstancias de celebración del tratado, como medios de interpretación complementarios;

¹² Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ICRC-Cambridge University Press, Ginebra, pp. XXIX y XXXIII, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm>.

¹³ Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1995, párrafo 141.

¹⁴ Jean-Marc Sorel y Valérie Boré Eveno, “Article 31”, en Olivier Corten y Pierre Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011, párrafo 6.

corresponde a los interesados en llevar a cabo un ejercicio de interpretación identificar en cada caso los documentos que pudieran ser considerados como comprendidos en esta categoría.¹⁵

B. *Aplicación a la interpretación de los Convenios de Ginebra*

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) es reconocido por tener un papel de guardián y promotor del DIH, a través de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en los cuales los Estados aprueban la encomienda que le corresponde de “trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo”, así como “asumir las tareas que se le reconocen en los Convenios de Ginebra” y “trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho”.¹⁶

Para aclarar el sentido de lo pactado en los Convenios, después de su adopción el CICR impulsó la redacción de comentarios puntuales a cada artículo, que fueron publicados entre 1952 y 1960, bajo la supervisión editorial de Jean Pictet; estos se basaron en gran medida en la historia de la negociación de los tratados, así como en la práctica previa existente, por lo que conservan su valor histórico. En las siguientes décadas, los Comentarios fueron reconocidos y respetados como las interpretaciones autorizadas de los Convenios, fundamentales para la comprensión y la aplicación del DIH, al punto que la Corte Suprema estadounidense llegó a designarlos “comentarios oficiales” de los Convenios.¹⁷ Sin embargo, con el paso del tiempo, se consideró necesario actualizar los comentarios para dar cuenta de los desarrollos acontecidos en la forma de llevar a cabo los conflictos armados y reflejar la práctica de aplicación e interpretación de los Convenios;¹⁸ dicho

¹⁵ Sobre el valor a otorgar a los *travaux préparatoires*, véase Yves Le Bouthillier, “Article 32”, en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 852 y ss.

¹⁶ Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1986), art. 5(2) (c) y (g). Sobre el papel del CICR en la interpretación del DIH, véase por ejemplo Geiss, Robin y Zimmermann, Andreas, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

¹⁷ Robin Geiss y Andreas Zimmermann, *op. cit.*, pp. 241-242.

¹⁸ Lindsey Cameron *et al.*, “The Updated Commentary on the First Geneva Convention. A New Tool for Generating Respect for International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 97, núm. 900, 2015, pp. 1210-1212, <https://www.icrc.org/en/international-review/evolution-warfare>; véase también Jean-Marie Henckaerts, “Adapter les Com-

proceso culminó con la publicación, en 2016, del comentario actualizado al primer Convenio, y el año siguiente del segundo Convenio; el nuevo comentario relativo al III Convenio salió en 2020. Dichos comentarios se apegan a las reglas de interpretación enunciadas en la Convención de Viena.

Los Convenios también son interpretados por muchos otros actores, en especial los Estados (a través de los juristas gubernamentales, así como los jefes militares y sus asesores, entre otros), las jurisdicciones nacionales e internacionales, los tribunales arbitrales, las organizaciones internacionales, los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, las organizaciones no gubernamentales y los académicos.¹⁹

III. DOS CASOS EMBLEMÁTICOS

1. *Artículo 1o. común a los cuatro Convenios de Ginebra*

El artículo con el cual comienzan cada uno de los Convenios de Ginebra es idéntico: “Artículo 1. Respeto del Convenio. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”.

A más de 70 años de su adopción, el compromiso de los Estados de respetar y hacer respetar los Convenios continúa siendo el punto de partida para reducir el sufrimiento y atender las necesidades de las poblaciones afectadas por los conflictos armados.²⁰ Parece existir un consenso en la comunidad internacional en el sentido de que un cumplimiento más estricto de las normas existentes del DIH mejoraría considerablemente esta situación, por lo que se presenta una necesidad apremiante de generar un mayor respeto por el Derecho y enfatizar y aclarar en qué medida, como se establece en el artículo 1o. común, los Estados Parte se encuentran obligados “a respetar y a hacer respetar” sus disposiciones “en todas las circunstancias”.²¹

mentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels au XXI^e siècle”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, 2012/4.

¹⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Introducción”, párrafo 9, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=5087F3472575591CC1257F150049C80B>.

²⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos...*, cit., p. 12.

²¹ Knut Dörmann y José Serralvo, “Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, núms. 895/896, 2014, p. 708.

La idea de *respetar* y *hacer respetar* no es del todo común en los tratados internacionales.²² En cuanto al artículo 1o. común en particular, ha existido durante años una controversia relativa a saber si la cláusula negociada durante la conferencia diplomática de 1949 se limitaba a obligar a los Estados a garantizar que el conjunto de su pueblo respetara los Convenios (enfoque restrictivo), o si desde el principio contenía una dimensión externa, que exigía a los Estados velar por el respeto de los Convenios también por parte de otros Estados, y posiblemente incluso por parte de grupos armados organizados involucrados en CANIs extraterritoriales y en la medida en que estén vinculados por las disposiciones de los Convenios (enfoque extensivo).²³

Cabe apuntar que la obligación de *hacer respetar*, a la luz de la teoría del derecho internacional público, puede ser vista como conteniendo una especificación del concepto general expresado en los artículos 48 (“Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado”) y 54 (“Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado”) de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.²⁴

A. *Evolución histórica y travaux préparatoires de la conferencia diplomática de 1949*

A finales del siglo XIX, el Derecho vigente se encontraba basado en el principio de reciprocidad, con un régimen de aplicación que era el de la excepción de inejecución, según la forma preferida de represalia armada, apegándose entonces al modelo de contrato sinalagmático. Asimismo, los primeros tratados multilaterales sobre el derecho de la guerra operaban bajo el principio de la cláusula *si omnes* (es decir, que su aplicación al conflicto se daba con la condición de que cada uno de los Estados beligerantes se encontrasen ligados por ellos). Los Convenios de 1929 marcaron una ruptura con esta tradición ya que los tratados humanitarios tuvieron desde entonces que aplicarse en todas

²² Luigi Condorelli y Laurence Boisson de Chazournes, “Quelques remarques à propos de l’obligation des États de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’”, en Christophe Swinarski, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984, p. 17.

²³ Robin Geiss, “The obligation to respect and to ensure respect for the Conventions”, en Andrew Clapham *et al.* (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, párrafo 5.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 26.

las circunstancias, independientemente del comportamiento del oponente.²⁵ En efecto, en el Convenio sobre la mejora de la condición de los heridos y enfermos de los ejércitos en el campo de batalla (artículo 25) y el Convenio sobre el tratamiento de los prisioneros de guerra (artículo 82), se estableció que ambos textos serían “respetados por las Altas Partes Contratantes en todas las circunstancias”.

Esta naturaleza incondicional (y no sinalagmática) de las obligaciones derivadas del DIH fue confirmada posteriormente por el enunciado del artículo 60 (5) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual excluye, como excepción, que la violación sustancial de un tratado por una parte autorice otras partes a poner fin o suspender su aplicación en lo concerniente a las disposiciones convencionales relacionadas con la protección del ser humano contenidas en tratados de carácter humanitario.²⁶

Dörmann y Serralvo identifican tres características que diferencian el contenido del artículo 1o. común de sus antecesores de 1929. En primer lugar, dicho artículo introdujo la obligación de “hacer respetar” los Convenios de Ginebra. Segundo, a diferencia de los textos de 1929, cuando la obligación de respetar en todas las circunstancias fue colocada al final de los tratados, en el marco de los capítulos relativos a su ejecución, la conferencia diplomática de 1949 decidió colocar la nueva obligación al inicio de los cuatro Convenios, lo que debería ser considerado como trascendental, en vista de su propósito y su naturaleza imperativa. Finalmente, la redacción del artículo 1o. se presenta en voz activa, mientras que sus contrapartes de 1929 fueron redactadas empleando la voz pasiva, lo que puede ser considerado como enfatizando el sistema de protección que sustenta los Convenios de Ginebra, y de ahí su interpretación.²⁷

En la conferencia diplomática de 1949, se dedicó muy poco tiempo a la discusión del artículo 1o. común, y nadie mencionó la posibilidad de que “hacer respetar” pudiera entrañar el compromiso de cada Estado de tomar medidas para favorecer el cumplimiento de otra parte contratante. En contraste, los pocos participantes que hicieron uso de la palabra señalaron especialmente que entendían que dicha expresión se refería al conjunto de partes contratantes y supuestamente tenía como objetivo garantizar que los

²⁵ Alexandre Devillard, “L’obligation de faire respecter le droit international humanitaire: l’article 1 commun aux *Conventions de Genève* et à leur premier *Protocole additionnel*, fondement d’un droit international humanitaire de coopération?”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 20.2, 2007, pp. 77-78.

²⁶ Luigi Condorelli y Laurence Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 21.

²⁷ Knut Dörmann y José Serralvo, *op. cit.*, pp. 710-711.

Convenios fueran respetados tanto por los gobiernos como por las futuras —eventuales— partes insurgentes en una guerra civil.²⁸

Así, parece dudoso que la intención de los negociadores haya sido pactar una dimensión externa al artículo 1o. común, en vista de las implicaciones revolucionarias que esto hubiera conllevado, y que el concepto de obligaciones *erga omnes* apareció verdaderamente en el paisaje del derecho internacional a partir de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Barcelona Traction*, emitida dos décadas después. Sin embargo, resulta plausible que, a través de una interpretación dinámica y en consideración de la práctica subsecuente de los Estados, esta dimensión externa se haya ido afirmando.²⁹

B. *Desarrollos posteriores*

El compromiso de “respetar” a primera vista parece, en gran medida, superfluo, ya que, de acuerdo con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cualquier disposición convencional vigente obliga a las partes y debe ser cumplida de buena fe (principio de *Pacta sunt servanda*).³⁰ Por lo tanto, la primera parte de lo solicitado por el artículo 1o. común no causa mucha controversia y no apela más que a un cumplimiento apegado a lo previsto por el derecho internacional.

a. Aspecto interno *vs.* externo de la obligación de “hacer respetar”

La razón original para la inclusión de una dimensión de cumplimiento interno fue confirmar el compromiso para cada Estado Parte de que garantizaría el respeto de los Convenios no sólo en el caso de sus propios órganos, sino también por la población. La obligación se entiende comúnmente y en términos generales como comprendiendo no sólo la obligación de poner fin a las violaciones en curso, sino también la de prevenir dichas violaciones de manera proactiva.³¹

²⁸ Carlo Focarelli, “Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 1, 2010, p. 133.

²⁹ Robin Geiss, *op. cit.*, párrafo 5.

³⁰ Luigi Condorelli y Laurence Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 17.

³¹ Robin Geiss, *op. cit.*, párrafo 10.

Concretamente, los Convenios contienen distintas disposiciones que buscan garantizar su aplicación por los Estados Parte. Entre las medidas aludidas por dichas disposiciones, encontramos la difusión del texto de los Convenios en sus países y, especialmente, velar por la incorporación de su estudio en los programas de instrucción militar; reprimir las infracciones graves a los Convenios, buscando, enjuiciando o extraditando, a los presuntos autores de infracciones graves “sea cual fuere su nacionalidad” y aplicar las disposiciones previstas en su legislación, imponiendo sanciones a cualquiera que cometa infracciones contra los Convenios; tomar las medidas necesarias para impedir y reprimir, en todo tiempo, los abusos en el uso del emblema de la cruz roja y la media luna roja; adoptar medidas para garantizar que los particulares respeten los Convenios (a través de la difusión de los mismos, si es posible, en los programas de instrucción civil); y proteger a personas o bienes especiales (entre ellos, heridos, enfermos y náufragos, muertos, prisioneros de guerra, personas civiles heridas o enfermas, discapacitados y mujeres embarazadas, y hospitales civiles y su personal).³²

Según la interpretación proporcionada en el Comentario actualizado del CICR, hoy en día los Estados en general tienen la obligación de hacer todo lo que esté razonablemente a su alcance para que los Convenios sean respetados por otros que sean parte de un conflicto. Esta obligación se declina a través de una doble faceta: por un lado, en cumplimiento de la obligación negativa, los Estados no pueden alentar, ni ayudar o asistir a las partes en un conflicto en la comisión de actos violatorios de los Convenios; en cuanto a la obligación positiva, deben hacer todo lo que esté razonablemente a su alcance para impedir y hacer cesar esas violaciones. La dimensión externa de la obligación de hacer respetar los Convenios trasciende entonces el principio de *Pacta sunt servanda*.³³

b. Práctica de los Estados y resoluciones de organismos internacionales

Desde 1968, con motivo de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos convocada en Teherán por las Naciones Unidas, se adoptó una resolución que observa

³² Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario actualizado de 2016, “Article 1”, párrafo 146 ss., <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=72239588AFA66200C1257F7D00367DBD>.

³³ Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario actualizado de 2016, “Article 1”, *op. cit.*, párrafos 153-154.

que los Estados Parte en las Convenciones de Ginebra de la Cruz Roja no se dan cuenta en ocasiones de su obligación de tomar medidas para asegurar el respeto de esas normas humanitarias por otros Estados, en todas las circunstancias, aun cuando no intervengan directamente ellos mismos en un conflicto armado.³⁴

Posteriormente, en 1973, la existencia de esa obligación positiva fue expresamente reconocida por varios Estados en respuesta a un cuestionario preparado por el CICR. Desde entonces, el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y el Secretario General de la ONU, así como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se han referido expresamente a la obligación positiva de hacer respetar el DIH,³⁵ y han llamado a los Estados a que empleen todos sus esfuerzos para que otros gobiernos cumplan con las obligaciones adquiridas en virtud de los Convenios.

En las Naciones Unidas, en particular, los pronunciamientos han sido múltiples: se pueden citar, entre otras, la resolución 58/97 de 2003, a través de la cual la Asamblea General hizo un llamamiento a todos los Estados Parte en el Cuarto Convenio de Ginebra “para que, de conformidad con el artículo 1o. común a los cuatro Convenios de Ginebra, sigan haciendo cuanto esté a su alcance por asegurar que Israel, la Potencia ocupante, respete las disposiciones del Convenio en el territorio palestino ocupado”.³⁶ De forma más reciente, las resoluciones 2165 (2014)³⁷ y 2449 (2018)³⁸ del Consejo de Seguridad —que autorizaron los Estados y organizaciones internacionales a responder la crisis suscitada en Siria sin el consentimiento explícito de las autoridades de dicho país— pueden ilustrar cómo puede manifestarse la idea de “hacer respetar” los Convenios.³⁹ Sin embargo, cabe aclarar que se-

³⁴ Resolución XXIII “Derechos humanos en los conflictos armados”, Acta final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968, Naciones Unidas, Nueva York, 9o. párrafo de considerandos, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf.

³⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario actualizado de 2016, “Article 1”, *op. cit.*, párrafo 171.

³⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 58/97, 17 de diciembre de 2003, “Aplicabilidad del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, al territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental, y a los demás territorios árabes ocupados”, párrafo 3.

³⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/2165 (2014), “La situación en el Oriente Medio”, 14 de julio de 2014.

³⁸ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/2449 (2018), “La situación en el Oriente Medio”, 13 de diciembre de 2018.

³⁹ Eve Massingham y Annabel McConnachie, “Common Article 1: An Introduction”, en Eve Massingham y Annabel McConnachie (eds.), *Ensuring Respect for International Humanitarian Law*, Nueva York, Routledge, 2021, p. 4.

ría posible asignar a estas resoluciones un significado meramente recomendatorio, en el sentido de que los órganos de la ONU podrían ver la expresión “hacer respetar” como un compromiso político que reiteran en términos recomendatorios. El hecho de subrayar que la acción sugerida debe realizarse “en apego al artículo 1o.” no implica necesariamente el reconocimiento de que existe una obligación jurídica basada en dicho artículo.⁴⁰

En cuanto a la postura de los mismos Estados, “existe una práctica de más de 50 años que aclara el significado de hacer respetar, la cual expresa una responsabilidad individual y colectiva de alentar el cumplimiento por parte de los grupos estatales y no estatales, al igual que una responsabilidad expansiva hacia los actores estatales y no estatales”.⁴¹ Así, es de subrayarse que, durante las últimas dos décadas, los Estados han realizado numerosos llamamientos a los beligerantes involucrados en distintos conflictos armados en los que se han observado violaciones al DIH, para que respeten sus normas; ello, aunado a que no han emitido reservas o declaraciones interpretativas al artículo 1o. común, y tampoco se han pronunciado en contra de los llamamientos del CICR hacia la comunidad internacional en este sentido, lo que indicaría un reconocimiento de la existencia de una obligación por hacer respetar el DIH.⁴²

Finalmente, algunos autores han argumentado que esta interpretación parece respaldada por el principio *ut res magis valeat quam pereat* o del *effet utile*, a través del cual, en caso de duda, es razonable optar por una interpretación que otorgue sentido a la disposición de un tratado y no una que le reste sentido, en el entendido que las partes no la hubieran incorporado en el tratado si no hubiesen tenido la intención de darle un significado.⁴³

c. Pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia

En 1986, en su sentencia sobre el caso “Nicaragua”, la Corte Internacional de Justicia reconoció la obligación negativa de “no fomentar que personas o grupos que participan en el conflicto en Nicaragua cometan actos que violen lo dispuesto en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949”.⁴⁴

⁴⁰ Carlo Focarelli, *op. cit.*, p. 155.

⁴¹ Eve Massingham y Annabel McConnachie, *op. cit.*, p. 3.

⁴² Robin Geiss, *op. cit.*, párrafo 18.

⁴³ Carlo Focarelli, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁴ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua Case (Nicaragua v. United States of America)*, Fondo, Fallo, 27 de junio de 1986, párrafo 220.

La obligación de “no fomentar” también ha sido reconocida de forma expresa por los Estados Parte.⁴⁵

Posteriormente, en 2004, con motivo de la opinión consultiva sobre el muro, la Corte realizó otro pronunciamiento importante en la que hizo referencia a lo que había expresado en su Opinión consultiva de 1996 sobre armas nucleares. En ella, la Corte sostuvo que varias normas del DIH son tan importantes que constituyen “principios del derecho internacional consuetudinario que no pueden ser transgredidos” y que “incorporan obligaciones que revisten por esencia un carácter de *erga omnes*”, agregando que, según el artículo 1o. común a los cuatro Convenios de Ginebra, cada Estado Parte, “independientemente de que sea o no parte en un conflicto específico, tiene la obligación de garantizar que se cumpla con los requisitos de los instrumentos en cuestión”.⁴⁶

En vista de lo anterior, es posible afirmar que, en su opinión sobre el muro de 2004, la Corte adoptó una lectura aún más generosa del artículo 1o. común en comparación con la plasmada en su sentencia de 1986; esta última estableció un “piso” o condiciones mínimas que bastarían para establecer una violación de los deberes del artículo 1o. común, mientras que la opinión consultiva llevó el razonamiento un paso más allá, al sugerir que terceros Estados podrían incluso ser considerados responsables si no toman acción preventiva en contra de las violaciones previsibles del DIH por parte de otros gobiernos.⁴⁷

Cabe resaltar que, en otro caso, la Corte ha confirmado una dimensión de cumplimiento externo en relación con una obligación estructuralmente similar a la contenida en el artículo 1o. común, esta vez relativa a la obligación de *prevenir* el genocidio.⁴⁸ En efecto, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 establece en su artículo 1o. que “[l]as Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”. En el “Caso relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio”, la Corte determinó que dicha obligación es de comportamiento, es decir, que los Estados están obligados a emplear todos los medios

⁴⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Article 1”, *op. cit.*, párrafo 158.

⁴⁶ CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Opinión Consultiva, 9 de Julio de 2004, párrs. 157-158.

⁴⁷ Oona A. Hathaway *et al.*, “Ensuring Responsibility: Common Article 1 and State Responsibility for Non-State Actors”, *Texas Law Review*, vol. 95, 2017, pp. 569-571.

⁴⁸ Robin Geiss, *op. cit.*, párr. 18.

razonablemente a su alcance para prevenir el genocidio en la medida de lo posible, volviéndose responsables cuando claramente no toman todas dichas medidas que podrían contribuir a prevenir el genocidio.⁴⁹

d. La expresión “en todas las circunstancias”

Por último, la expresión “en todas circunstancias” indica que las obligaciones de respetar y hacer respetar el DIH se aplican tanto en situaciones de conflicto armado como en tiempo de paz, según la obligación de que se trate, y que la aplicación de los Convenios no depende de la justificación jurídica del conflicto de conformidad con el *jus ad bellum*, por lo que si se cumplen los requisitos para determinar la existencia de un conflicto armado, las normas del DIH deberán ser acatadas, independientemente de la posible desigualdad militar, económica, geográfica, o de otro tipo, que atañe a las partes en conflicto.⁵⁰

En conclusión, considerando lo anterior, no es de sorprendernos que se haya sugerido que el artículo 1o. tiene un significado “cuasi constitucional” en el derecho internacional actual, en vista de su referencia a las normas del DIH, las cuales son consideradas con carácter de *jus cogens*, al abarcar obligaciones *erga omnes* y destinadas a proteger los valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.⁵¹

2. Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra

Tras la experiencia de la Guerra Civil española, la conferencia diplomática de 1949 valoró la importancia de extender la aplicación de ciertos principios humanitarios a las víctimas de los CANIs, mediante el artículo 3 común.⁵² La inclusión del artículo fue capital en la evolución del DIH, ya que representó la primera reglamentación de los conflictos armados no internacionales en un instrumento internacional; de hecho, ha sido considerado como un mini convenio dentro de los Convenios de Ginebra, ya que contiene las normas esenciales expresadas en los Convenios en un formato condensado, haciéndolas aplicables a los CANIs. Por su trascendencia, lo reproducimos íntegramente a continuación:

⁴⁹ CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Fondo, Fallo, 26 de mayo de 2007, párrafo 430.

⁵⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Article 1”, *op. cit.*, párrafos 185-187.

⁵¹ Carlo Focarelli, *op. cit.*, p. 127.

⁵² François Bugnion, *op. cit.*, p. 903.

Artículo 3. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

Como lo expresa atinadamente el profesor Éric David, por extraño que parezca, el derecho de los conflictos armados no define la realidad que codifica. Si tomamos, por ejemplo, el artículo 2 común o el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, estos textos se refieren a situaciones de “guerra” o de “conflicto armado” sin definir dichos conceptos.⁵³

Para el caso del artículo 3, su texto estipula únicamente que se aplica en el caso de un “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”. No se proporciona más orientación sobre lo que constituye un conflicto de ese tipo y, de

⁵³ Éric David, “Le concept de conflit armé: enjeux et ambiguïtés”, en Vincent Chetail (ed.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruselas, Bruylant, 2013, p. 55.

hecho, la cuestión de identificar los conflictos armados que caben dentro de su ámbito de aplicación ha sido a la vez difícil y controvertida.⁵⁴

Como se apuntó con anterioridad, el Protocolo Adicional II es también aplicable a los CANIs, pero a una categoría más reducida de los mismos, ya que de conformidad con su artículo 1o., el conflicto deberá enfrentar las fuerzas armadas de un Estado Parte “y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Por lo tanto, existe un claro contraste en el campo de aplicación material entre el Protocolo Adicional II y el artículo 3 común, lo que conlleva consecuencias importantes y define dos categorías separadas de conflictos armados no internacionales. Así, el artículo 3 común se aplica desde el momento en que se determina la existencia de un conflicto armado no internacional, resultando aplicable a todas las situaciones de CANI, incluidas aquellas también cubiertas por el Protocolo Adicional II, mientras que este último tratado únicamente es aplicable al subconjunto de CANIs que comprende los conflictos que rebasan el umbral en él fijado.⁵⁵

Dado que la mayor parte de los conflictos armados actuales son de carácter no internacional, la definición de un CANI es sumamente importante y delicada, ya que de ella dependerá que se aplique o no el DIH; en cambio, en el caso de los conflictos armados internacionales, todo recurso a la fuerza armada entre Estados es suficiente para que el DIH sea inmediatamente aplicable entre ellos.

A. Travaux préparatoires

Contrariamente a lo que sucedió para el artículo 1o. común, durante la conferencia diplomática de 1949, uno de los temas más controvertidos fue el ámbito de aplicación del artículo 3 común. Esto debido a que varias delegaciones consideraban el concepto de “conflicto armado que no sea de índole internacional” como muy general y vago,⁵⁶ temiendo, entonces, que las reglas plasmadas en aquella disposición pudieran extenderse a cualquier perturbación

⁵⁴ Lindsay Moir, “The concept of non-international armed conflict”, en Andrew Clapham *et al.*, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, párrafo 1.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 6.

⁵⁶ Jean Pictet, *I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952, p. 49.

que ocurriera en sus territorios, como toda forma de anarquía, rebelión e incluso el bandolerismo, interfiriendo así en su capacidad de controlar asuntos de seguridad interior.⁵⁷ Estas preocupaciones relativas a la soberanía ayudan a explicar el umbral más alto para la aplicabilidad del DIH en CANIs que en conflictos armados internacionales.⁵⁸

Al final, la Conferencia no pudo llegar a un acuerdo sobre una definición aceptable de conflicto no internacional, por lo que no quedó especificado su alcance, pero se optó por limitar la aplicación de las normas incluidas en los Convenios de Ginebra, en caso de conflictos internos, únicamente a sus principios básicos. Por otro lado, de los debates que tuvieron lugar en la conferencia diplomática, se puede establecer que, para que una situación pueda ser considerada como ubicándose en el marco del artículo 3 común, deben existir hostilidades de cierta escala o duración, excluyéndose así los actos aislados o esporádicos; sin embargo, los conceptos de escala y duración no están claramente definidos o descritos.⁵⁹

B. Una primera interpretación

Los Comentarios de Pictet incluyen una lista de varios “criterios convenientes” para determinar la aplicabilidad del artículo 3 común, basados en las intervenciones y propuestas realizadas por las distintas delegaciones durante la conferencia diplomática, y considerados como útiles para distinguir un conflicto armado genuino de otras situaciones de violencia.⁶⁰

Estos criterios indicativos incluyen que la parte en rebelión contra el gobierno *de jure* cuente con una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos que actúe dentro de un territorio determinado y tenga la capacidad de respetar y hacer respetar el Convenio; que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir a las fuerzas militares regulares para enfrentar los insurgentes organizados como militares y que se encuentren en control de una parte del territorio nacional; que el gobierno *de jure* haya reconocido a los insurgentes como beligerantes o que haya reclamado para sí mismo los derechos de un beligerante, o conferido a los insurgentes el

⁵⁷ Tatiana Londoño-Camargo, “The Scope of Application of International Humanitarian Law to Non-international Armed Conflicts”, *Universitas*, núm. 130, 2015, p. 213.

⁵⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Article 3”, párrafo 417, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>.

⁵⁹ Tatiana Londoño-Camargo, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁰ Jean Pictet, *op. cit.*, pp. 49-50.

reconocimiento como beligerantes solo para los fines del Convenio, o que la disputa haya sido admitida en la agenda del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas por considerarse una amenaza a la paz internacional, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión; que los insurgentes cuenten con una organización que pretenda tener las características de un Estado, que la autoridad civil de los insurgentes ejerza autoridad *de facto* sobre las personas dentro de un territorio determinado, que las fuerzas armadas actúen bajo la dirección de la autoridad civil organizada y estén dispuestas a observar las leyes comunes de la guerra y que la autoridad civil de los insurgentes acepte estar obligada por las disposiciones del Convenio.⁶¹

C. La fórmula *Tadic*

Tuvieron que pasar algunas décadas para que se volviera a avanzar en una aclaración del concepto de *conflicto armado*, esta vez jurisprudencial, gracias a los pronunciamientos de los tribunales penales *ad hoc* creados por la ONU. Así, en los años 1990, diferentes sentencias de los Tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia realizaron una importante contribución al esclarecimiento de la definición o de los criterios constitutivos de los CANIs, ya que, de acuerdo con los Estatutos que regulan su trabajo, para estar en posibilidades de ejercer su jurisdicción sobre las infracciones graves al DIH y otros crímenes de guerra tuvieron que determinar si las situaciones en las que presuntamente se habían cometido dichas conductas constituían conflictos armados y, de ser así, si eran de carácter internacional o no.

En este sentido, el caso *Tadic*, ha sido considerado particularmente paradigmático.⁶² En la decisión que adoptó en 1995 relativa a la jurisdicción en dicho caso, la Sala de Apelaciones del Tribunal para la ex Yugoslavia consideró que estaremos en presencia de un CANI “cada vez que hay violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado”.⁶³ En el mismo caso en 1997, en la sentencia en primera instancia, el Tribunal desarrolló un

⁶¹ *Idem*.

⁶² Sarah M. H. Nouwen y Michael A. Becker, “Tadic v Prosecutor: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 1995”, Paper No. 17/2017, University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series, 2017, p. 16, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2946821.

⁶³ Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, *Tadic Case*, Decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia, 1995, párrafo 70.

poco más ese enfoque al establecer que “el test aplicado por la Sala de Apelaciones... se basa en dos aspectos de un conflicto... la intensidad del conflicto y la organización de las partes en conflicto”.⁶⁴ Estas conclusiones fueron reafirmadas posteriormente en la jurisprudencia del mismo Tribunal, así como la del Tribunal para Ruanda y de la Corte Penal Internacional.⁶⁵

De esta suerte, es posible apuntar que, de los criterios enumerados en los comentarios de Pictet, dos son hoy ampliamente reconocidos como los más pertinentes para determinar la existencia de un CANI: que la violencia tiene que haber alcanzado cierta intensidad, y la existencia de una oposición de al menos dos partes o grupos armados organizados.⁶⁶ Es importante aclarar que el test relativo a la organización y el correspondiente a la intensidad deben por supuesto ser aplicados a cada parte involucrada en las hostilidades que tienen lugar en un territorio dado, en efecto, en varios países coexisten distintos CANIs.⁶⁷

Veamos entonces estos dos elementos, cuya existencia debe comprobarse de forma acumulativa para poder confirmar la existencia de un CANI.

a. Criterio de organización

Para evaluar el nivel de organización requerido de los grupos armados no estatales, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia identificó algunos factores indicativos entre los cuales encontramos una estructura de mando, así como reglas y mecanismos disciplinarios dentro de dicho grupo; la existencia de un cuartel general; su capacidad de hablar con una sola voz y negociar y celebrar acuerdos; el hecho de que el grupo controle cierto territorio; la capacidad del grupo para tener acceso a armas y materiales militares, reclutar nuevos integrantes y llevar a cabo entrenamientos militares; y su capacidad de planificar, coordinar y realizar operaciones militares así como definir una

⁶⁴ Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, *Tadić Case*, Fallo en primera instancia, 1997, párrafo 562.

⁶⁵ Véase, entre otros, Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, *Limaj Case*, fallo en primera instancia, 2005, párrafo 84, y *Boškoski and Tarčulovski Case*, fallo en primera instancia, 2008, párrafo 175; Tribunal Penal para Ruanda, *Akayesu Case*, fallo en primera instancia, 1998, párrafos 619-620, y *Rutaganda Case*, fallo en primera instancia, 1999, párrafos 91-92.

⁶⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario actualizado 2016, “Article 3”, *op. cit.*, párrafo 421.

⁶⁷ En este sentido, véase José Serralvo, “Clasificación de conflictos armados en Colombia”, *Anuario iberoamericano sobre derecho internacional humanitario*, vol. I, 2020, <https://www.unisabana.edu.co/programas/unidades-academicas/facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas/anuariodih/articulos/clasificacion-de-conflictos-armados-en-colombia/>.

estrategia militar unificada.⁶⁸ Cabe aclarar que ninguno de ellos, en sí mismo, es esencial para determinar si se ha reunido el criterio. Sin embargo, parece existir un consenso general de que el nivel de organización debería permitir a las partes llevar a cabo las obligaciones impuestas por el artículo 3 común y, generalmente, respetar el DIH.⁶⁹

b. Criterio de intensidad

En cuanto a los factores ligados a la intensidad identificados por el Tribunal penal para la ex Yugoslavia, podemos citar: la gravedad de los ataques y el posible incremento de los enfrentamientos armados, su propagación por el territorio y durante un tiempo, un aumento en el número de fuerzas gubernamentales involucradas, la distribución de las armas entre las partes en conflicto, así como si el conflicto ha llamado la atención del Consejo de Seguridad de la ONU; el número de civiles obligados a huir de las zonas de combate; el bloqueo o el sitio de ciudades y el bombardeo sostenido de éstas ciudades; la magnitud de la destrucción y el número de víctimas causadas por los bombardeos o los enfrentamientos; el número de tropas y unidades desplegadas; el tipo de armas empleadas, en particular el empleo de armas pesadas y otro material militar, como tanques y otros vehículos pesados; la ocupación de territorio, pueblos y ciudades; las órdenes y los acuerdos de cese de las hostilidades; y la intervención de organizaciones internacionales para negociar y aplicar dichos acuerdos.⁷⁰

Por otro lado, el empleo de la expresión “violencia armada *prolongada*” en algunas definiciones plantea la cuestión de si la duración de las hostilidades entre las autoridades gubernamentales y grupos armados no estatales o entre esos grupos constituye un criterio independiente adicional para establecer la existencia de un CANI. Prácticamente, podemos decir al respecto que la duración es un elemento más apropiado para evaluar la intensidad de los enfrentamientos armados: las hostilidades de una duración breve pueden alcanzar el nivel de intensidad de un CANI si, en un caso en particular,

⁶⁸ Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, *Haradinaj Case*, fallo en primera instancia, 2008, párrafo 60; *Boškoski and Tarčulovski Case*, *op. cit.*, párrafos 199-203; y *Case Limaj*, *op. cit.*, párrafos 94-134. En cuanto a la Corte Penal Internacional, *Lubanga Case*, fallo en primera instancia, 2012, párrafo 537; *Katanga Case*, fallo en primera instancia, 2014, párrafo 1186; y *Bemba Case*, fallo en primera instancia, 2016, párrafos 134-136.

⁶⁹ Lindsay Moir, *op. cit.*, párrafo 36.

⁷⁰ Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, *Boškoski and Tarčulovski Case*, *op. cit.*, párrafo 177, *Haradinaj Case*, *op. cit.*, párrafos 49 y 90-99, y *Limaj Case*, *op. cit.*, párrafos 90 y 135-170. Asimismo, Corte Penal Internacional, *Lubanga Case*, *op. cit.*, párrafo 538; *Katanga Case*, *op. cit.*, párrafo 1187; y *Bemba Case*, *op. cit.*, párrafos 137-141.

existen otros indicadores de hostilidades de una intensidad suficiente como para llegar a esa conclusión.⁷¹ Sobre el tema, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia ha apuntado que la duración de los enfrentamientos armados no debe desestimarse cuando se evalúa el nivel de intensidad de un CANI, ya que los dos criterios se encuentran íntimamente ligados y deberán considerarse a la luz de la evidencia particular disponible, y caso por caso.⁷²

Con la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1998, el cual en su artículo 8, inciso 2f, refiere a *conflictos armados prolongados*, se planteó también una cuestión acerca de si esa disposición creaba un tipo distinto de CANI, quizás intermedio entre el del artículo 3 común y el previsto en el Protocolo adicional II. Otros consideraron que dicha nomenclatura había servido a fin de evitar la inclusión del criterio restrictivo del Protocolo adicional II en el Estatuto de la Corte y así ofrecer a los Estados una fórmula intermedia inspirada en la jurisprudencia del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia. Esta controversia parece haber sido despejada con los primeros fallos de la Corte;⁷³ por ejemplo, en el caso “Lubanga”, ésta determinó que para establecer la existencia de un CANI, el fiscal debe probar que los grupos armados cuentan con un grado de organización suficiente para permitirles mantener enfrentamientos armados prolongados.⁷⁴ Las salas de primera instancia no consideraron los requisitos de que un grupo armado tuviera control de una parte del territorio o estuviera bajo la responsabilidad de un mando responsable planteados por el artículo 1, inciso 1, del Protocolo adicional II; asimismo, el artículo 8, inciso 2f, especifica que la violencia no debe ser esporádica o aislada, tomaron en cuenta la intensidad del conflicto armado.⁷⁵ Al evaluar dicho criterio, la Corte ha recurrido a factores similares a los empleados por las salas de primera instancia del tribunal penal para la ex Yugoslavia, lo que demuestra que no queda respaldada la idea de la creación de un nuevo tipo de CANI, y que la intensidad de las hostilidades armadas y el carácter organizado de los grupos armados son los criterios que necesariamente definen todo CANI.⁷⁶

⁷¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Article 3”, *op. cit.*, párrafos 438-439.

⁷² Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, *Boškoski and Tarčulovski Case*, *op. cit.*, párrafo 175.

⁷³ Corte Penal Internacional, *Lubanga Case*, *op. cit.*, párrafos 534-538, y *Katanga Case*, *op. cit.*, párrafos 1183-1187.

⁷⁴ Corte Penal Internacional, *Lubanga Case*, *op. cit.*, párrafo 536; *Katanga Case*, *op. cit.*, párrafo 1185; y *Bemba Case*, *op. cit.*, párrafos 134-136.

⁷⁵ Corte Penal Internacional, *Lubanga Case*, *op. cit.*, párrafo 538; *Katanga Case*, *op. cit.*, párrafo 1187; y *Bemba Case*, *op. cit.*, párrafos 138-140.

⁷⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario actualizado de 2016, “Article 3”, *op. cit.*, párrafo 444.

Por lo tanto, las únicas distinciones que caben reconocer son las que se presentan, por un lado, entre un conflicto armado internacional y uno no internacional y, por el otro, entre un CANI y los disturbios y las tensiones internas; este último umbral es el que debe cruzarse para que resulten aplicables las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a los CANIS.⁷⁷

IV. CONCLUSIÓN

La interpretación que se ha hecho de los Convenios de Ginebra desde su adopción, sin duda, ha resultado benéfica, por su fomento al avance notorio en el desarrollo del DIH. Establecer, por ejemplo, que hoy en día es claramente inadmisibles ignorar las violaciones de las disposiciones fundamentales del DIH, independientemente de dónde ocurran, y que todos los Estados Parte en los Convenios de Ginebra comparten un interés común en el cumplimiento de dichos mandamientos.⁷⁸

Interpretar no es, sin embargo, una tarea sencilla y en el primer caso estudiado aquí, quedan algunas dudas sin resolver; por ejemplo, si el artículo 10. común otorga una obligación o un poder discrecional de tomar medidas en contra de posibles Estados transgresores, y en qué podrían consistir dichas medidas;⁷⁹ asimismo, considerando que los Estados tienen la obligación de garantizar el respeto de los Convenios, una interpretación estricta nos llevaría a determinar que todos los Estados tendrían la obligación de reaccionar constantemente a cada una de las violaciones cometidas por transgresores externos, incluidas las ocurridas en tiempo de paz, a cada una de las distintas disposiciones de los Convenios de Ginebra, por lo que el hecho de no reaccionar ante tales infracciones pondría a casi todos los Estados en una situación de violación constante de sus obligaciones de hacer respetar.⁸⁰ En el caso del segundo ejemplo, a pesar de la utilidad de los criterios identificados para comprobar la existencia de un CANI, cabe reconocer que su puesta en práctica no siempre resulta sencilla en la praxis, en vista de la creciente complejidad de los conflictos armados en los que, a veces algunas partes se frac-turan y se multiplican, y nuevas partes intervienen en conflictos en curso.⁸¹

⁷⁷ Lindsay Moir, *op. cit.*, párrafo 10.

⁷⁸ Robin Geiss, *op. cit.*, párrafo 44.

⁷⁹ Carlo Focarelli, *op. cit.*, pp. 128-129.

⁸⁰ Véase, en este sentido, Robin Geiss, *op. cit.*, párrafo 22, y Carlo Focarelli, *op. cit.*, pp. 170-171.

⁸¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, Ginebra, CICR, 2015, p. 6, <https://www.icrc.org/es/document/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados>.

Por otro lado, es necesario notar que, en ocasiones, los ejercicios de interpretación han sido poco afortunados y han dado lugar a nutridas críticas. Este ha sido el caso en la decisión del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia que optó por interpretar el artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra —el cual versa sobre el concepto de persona protegida e indica que, para poder beneficiarse de las disposiciones correspondientes, una persona protegida no puede tener la misma nacionalidad que la de la Potencia que ejerce el poder en su contra— de tal manera que cubriera la categoría más amplia posible de personas, independientemente de su nacionalidad; ello en vista de que algunas personas cuyos derechos habían sido violados ostentaban la misma nacionalidad que la de sus verdugos. Esta interpretación teleológica ha sido considerada como habiendo estirado excesivamente las reglas aceptables de interpretación, generando así varios problemas prácticos.⁸²

Independientemente de estos escollos, parece evidente que la interpretación de los Convenios de Ginebra es útil y necesaria si queremos que la protección tan importante que ofrece el derecho internacional humanitario siga a la altura de las necesidades de los millones de individuos afectados por los conflictos armados contemporáneos.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

CONDORELLI, Luigi y Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, “Quelques remarques à propos de l’obligation des États de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’”, en Christophe SWINARSKI, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984.

DAVID, Éric, “Le concept de conflit armé: enjeux et ambiguïtés”, en Vincent CHETAIL (ed.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruselas, Bruylant, 2013.

⁸² Marco Sassòli y Julia Grignon, “Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit international humanitaire”, en Abdelwahab Biad y Paul Tavernier (eds.), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruselas, Bruylant, 2012, pp. 148-50; en el mismo sentido: Alessandra Spadaro, “International Humanitarian Law in the Jurisprudence of International Criminal Tribunals and Courts”, en Dražan Djukić y Niccolò Pons (eds.), *The Companion to International Humanitarian Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2018, pp. 143-144.

- GEISS, Robin, “The Obligation to Respect and to Ensure Respect for the Conventions”, en Andrew CLAPHAM *et al.*, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- GEISS, Robin y Andreas ZIMMERMANN, “The International Committee of the Red Cross: A Unique Actor in the Field of International Humanitarian Law Creation and Progressive Development”, en Robin GEISS *et al.* (eds.), *Humanizing the Laws of War. The Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ICRC-Cambridge University Press, Ginebra, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm>.
- LE BOUTHILLIER, Yves, “Article 32”, en Olivier CORTEN y Pierre KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- MASSINGHAM, Eve y Annabel MCCONNACHIE, “Common Article 1: An Introduction”, en Eve MASSINGHAM y Annabel MCCONNACHIE (eds.), *Ensuring Respect for International Humanitarian Law*, Nueva York, Routledge, 2021.
- MELZER, Nils, *Derecho internacional humanitario: una introducción integral*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019.
- MOIR, Lindsay, “The concept of non-international armed conflict”, en Andrew CLAPHAM *et al.* (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- PICTET, Jean, *I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952.
- PINTO, Mónica, “La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, en Gabriel VALLADARES (comp.), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos*, núm. 78, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.
- REUTER, Paul, *Introduction au droit des traités*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1995.
- SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3a. ed., Lima, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012.
- SASSÒLI, Marco y Julia GRIGNON, “Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit interna-

- tional humanitaire”, en Abdelwahab BIAD y Paul TAVERNIER (eds.), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXIe siècle*, Bruselas, Bruylant, 2012.
- SOREL, Jean-Marc y Valérie BORÉ EVENO, “Article 31”, en Olivier CORTEN y Pierre KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- SPADARO, Alessandra, “International Humanitarian Law in the Jurisprudence of International Criminal Tribunals and Courts”, en Dražan DJUKIĆ y Niccolò PONS (eds.), *The Companion to International Humanitarian Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2018.

2. Artículos

- BARTELS, Rogier, “The Classification of Armed Conflicts by International Criminal Courts and Tribunals”, *International Criminal Law Review*, 2020.
- BUGNION, François, “Droit de Genève et droit de La Haye”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 83, núm. 844, https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/irrc_844_001_bugnion.pdf.
- CAMERON, Lindsey *et al.*, “The Updated Commentary on the First Geneva Convention. A New Tool for Generating Respect for International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 97, núm. 900, 2015, <https://www.icrc.org/en/international-review/evolution-warfare>.
- DEVILLARD, Alexandre, “L’obligation de faire respecter le droit international humanitaire: l’article 1 commun aux *Conventions de Genève* et à leur premier *Protocole additionnel*, fondement d’un droit international humanitaire de coopération?”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 20.2, 2007.
- DÖRMANN, Knut y José SERRALVO, “Common Article 1 to the Geneva Conventions and the Obligation to Prevent International Humanitarian Law Violations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, núms. 895/896, 2014.
- FOCARELLI, Carlo, “Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 1, 2010.
- HATHAWAY, Oona A. *et al.*, “Ensuring Responsibility: Common Article 1 and State Responsibility for Non-State Actors”, *Texas Law Review*, vol. 95, 2017.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, “Adapter les Commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels au XXIe siècle”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, 2012/4.

- LONDOÑO-CAMARGO, Tatiana, “The Scope of Application of International Humanitarian Law to Non-international Armed Conflicts”, *Vniversitas*, núm. 130, 2015.
- NOUWEN, Sarah M. H. y Michael A. BECKER, “Tadic v Prosecutor: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 1995”, Paper No. 17/2017, University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2946821.
- SERRALVO, José, “Clasificación de conflictos armados en Colombia”, *Anuario iberoamericano sobre derecho internacional humanitario*, vol. I, 2020, <https://www.unisabana.edu.co/programas/unidades-academicas/facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas/anuariodih/articulos/clasificacion-de-conflictos-armados-en-colombia/>.
- SLOCUM, Brian G. y Jarrod WONG, “The Vienna Convention and the Ordinary Meaning of International Law”, *Yale Journal of International Law*, vol. 46, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3556892.
- TABAK, Shana, “Ambivalent Enforcement: International Humanitarian Law at Human Rights Tribunals”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 37, verano 2016.
- ZYCH, Tomasz, “The Scope of the Obligation to Respect and to Ensure Respect for International Humanitarian Law”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 27, 2009.

PARTE III

LA CVDT Y EL ORDEN INTERNO

INTRODUCCIÓN A LA TERCERA PARTE

Una vez analizado el sistema internacional queda la pregunta, ¿cómo se aplican los tratados en el orden interno? A ello se dedica esta tercera y última parte.

Llevar la sustancia del tratado a la cotidianidad de ciudadanos y gobernantes merece una explicación, a ello apunta Virdzhiniya Petrova en su colaboración. La prueba más clara de efectividad de un tratado internacional se trasluce en la actividad de los jueces y la autora analiza particularmente el trabajo de los jueces mexicanos. Trasladar las normas jurídicas abstractas a los casos concretos de la realidad social será el trabajo de los jueces.

Petrova cuestiona: ¿cumplen los jueces internos contemporáneos con una función judicial internacional? La interrogante es justificada, por lo que durante su artículo dedica su análisis a las respuestas.

El papel de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pareciera limitado, el consentimiento de los Estados para vincularse en virtud del tratado puede expresarse mediante la aprobación o ratificación del mismo; sin embargo, la introducción de las normas internacionales al régimen interno depende de los mecanismos que cada Estado provea. En este proceso no queda al margen el poder judicial, por el contrario, juega un papel fundamental que Petrova expone en el capítulo dedicado a ello.

Pues bien, aquí es importante analizar la tipología de tratados que podrían conocer los jueces mexicanos, es decir, ¿qué instrumentos internacionales o controversias pueden dirimir? Descartando algunos casos como controversias Estado-Estado, se destaca a los tribunales mexicanos como protectores de los derechos y garantes de las obligaciones que los tratados reconocen a las personas privadas, a esta tarea la judicatura ha abonado al reconocer que los tratados internacionales suscritos por México forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el caso de instrumentos relativos a derechos humanos.

Hay aspectos técnicos analizados en este apartado. Si los jueces nacionales interpretan el derecho internacional existe un riesgo de tener una perspectiva distinta sobre una disposición de un tratado diferente a la emanada por jueces internacionales. Si bien la “interpretación conforme” pareciera atajar este problema, la posibilidad de que un juez nacional entienda

en un sentido distinto el alcance de una norma internacional es real, aunado a ello, uno de los métodos predilectos de la judicatura mexicana es la aplicación del principio *pro persona* —que no es el método de tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia—.

La aplicación e interpretación de tratados internacionales por parte de tribunales nacionales puede tener implicaciones a nivel de responsabilidad estatal, ello en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que dispone que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. En un supuesto hipotético, un tribunal nacional podría fallar en sentido contrario a la interpretación internacional o suspender la aplicación de una norma internacional lo que podría generar un incumplimiento acarreado responsabilidad internacional.

Virdzhiniya Petrova también analiza la prevalencia de los tratados internacionales como fuente de derecho internacional, lo cual es reflejado en la actividad judicial que retoma con mayor frecuencia o casi totalmente esta instrumentación en comparación a otras fuentes de derecho internacional, *id est* costumbre, principios, doctrina, etc., aunque también destaca los casos existentes como la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se basó en la costumbre internacional en materia de husos horarios.

Por lo expresado en el párrafo anterior, se destaca la existencia de más de 158 000 tratados internacionales registrados en las United Nations Treaty Series y la participación de México en los más importantes instrumentos multilaterales (en materias como derechos humanos y medio ambiente).

Siguiendo este hilo, Iliana Rodríguez Santibáñez, se aboca en un análisis jurídico comparativo al estudio de la adopción del Estatuto de Roma en el caso mexicano. Altamente valioso es, en este apartado, conocer la incorporación de un tratado multilateral en el ámbito interno y los condicionamientos casuísticos impuestos en el caso mexicano sobre lo que apunta que la reforma constitucional de 2005 al artículo 21 constituye una verdadera reserva no incorporada al vincularse el Estado mexicano al Estatuto de Roma y que vulnera algunos principios de política exterior, el propio Estatuto y el Derecho Penal Internacional.

Sea o no una “reserva”, en términos del Derecho de los Tratados, la pretendida incorporación del Estatuto de Roma por parte de México es cuestionable y, en el hipotético supuesto de un caso ante la Corte Penal Internacional podría ser cuestionable su validez. He ahí un verdadero dilema entre un Estatuto de Roma, tratado multilateral que no acepta reservas, y el condicionamiento mexicano elevado al rango constitucional.

Otro punto importante es la “jurisdicción universal” que les permitiría a los tribunales juzgar a individuos, sin importar su nacionalidad, por crímenes cometidos en el territorio de otros Estados, tarea que hasta el momento no ha sido realizada por los tribunales mexicanos, aunque la oportunidad de ejercer esa jurisdicción podría seguir latente. Esa jurisdicción podría estar unida a la complementariedad que marca el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y que permitiría a los jueces tener, inclusive, prevalencia de jurisdicción para conocer los crímenes atroces que contempla dicho Estatuto ocurridos en territorio nacional.

Si bien puede resultar difícil la incorporación de los tratados internacionales en un país como México, con un gobierno federal fuerte, existen complejidades para dar vigor a los tratados internacionales en los gobiernos subnacionales de países como una composición federal más balanceada. La colaboración de Fausto Kubli García y Ulises Ruíz-Lopart se enfocan en este punto y buscan demostrar la problemática en un caso de estudio derivado del litigio ante la Corte Internacional de Justicia entre México y Estados Unidos.

Para México resulta primordial la relación con Estados Unidos, por lo que resulta práctico y necesario conocer la posición que tiene dicho país con respecto a la CVDT, de la cual no es parte, pero reconoce que sus disposiciones son parte de derecho consuetudinario. A ese estudio dedica Mario Figueroa Matuz su análisis. Además de describir con precisión los distintos instrumentos mediante los cuales EEUU adquiere obligaciones internacionales, el autor dedica un apartado valioso a los mecanismos para hacer valer los tratados internacionales ante sus propios tribunales.

Ahora bien, ¿cómo se legisla el Derecho de los Tratados en México? En este punto correspondió a Gerardo Guerrero Gómez el análisis de la Ley Sobre la Celebración de Tratados (LSCT), quien aportó una mirada crítica a la legislación mexicana después de haber estado a cargo por varios años del tema en la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Un análisis de la LSCT comprende el periplo de un tratado hasta su entrada en vigor y el desglose de los distintos instrumentos internacionales que se acuerdan con otras entidades internacionales, ya sean propiamente tratados internacionales, acuerdos interinstitucionales o acuerdos ejecutivos.

El estudio de una ley que tiene 29 años de vigencia como la LSCT, da lugar a apuntes críticos y, por ello, el autor señala que ha quedado rebasada, exponiendo elementos para su mejora.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES ANTE LOS TRIBUNALES MEXICANOS*

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tipología de tratados aplicables ante los tribunales mexicanos*. III. *Los tribunales mexicanos: órganos para la tutela de derechos y obligaciones individuales de fuente convencional*. IV. *Los tribunales mexicanos y la interpretación de los tratados internacionales*. V. *Los tribunales mexicanos y el control de convencionalidad*. VI. *La interpretación y aplicación de tratados en las sentencias de los tribunales mexicanos: avances y nuevos retos*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

En 1930, Georges Scelle desarrolló su doctrina de *dédoublement fonctionnel* (desdoblamiento funcional) para explicar, desde la teoría del derecho internacional, los rasgos característicos de la “sociedad global” en el periodo posterior a la Primera Guerra Mundial. En virtud de dicha teoría, la ausencia de los tres poderes del Estado —Legislativo, Ejecutivo y Judicial— en el sistema jurídico internacional, implica que los órganos estatales internos están llamados a cumplir con una función dual: actuar, a la vez, como agentes de su Estado nacional y como operadores del ordenamiento jurídico internacional, en su conjunto. Consecuentemente, según Scelle, los integrantes de los poderes judiciales internos revisten “dos togas” y desempeñan, al mismo tiempo, una función judicial interna y una función judicial internacional.¹

* Un análisis más exhaustivo de algunos de los argumentos expuestos en este trabajo se encuentra en Virdzhiniya Petrova Georgieva, *Tribunales mexicanos y tribunales internacionales: ¿complementariedad o competencia?*, Ciudad de México, IJ-UNAM, 2020, pp. 71-167.

¹ Antonio Cassese, “Remarks on Scelle’s Theory of “Role Splitting” (*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990, pp. 212 y ss.

Esta presunción básica de la teoría de Scelle conserva plena validez en la actualidad. A pesar de la progresiva “judicialización” del orden jurídico internacional.² Los tribunales internos de los Estados ejercen, en numerosos ámbitos, una función judicial internacional. Este concepto incluye un entendimiento genérico y definitorio de *ésta* en sí. La función judicial siempre se ejerce por órganos, independientes e imparciales, que dirimen controversias y adoptan sentencias obligatorias con base en derecho.³ De ahí se desprende que los dos componentes principales de toda función judicial consisten en aplicar normas jurídicas abstractas a conflictos concretos y en interpretar dichas normas para desentrañar su verdadero significado.⁴ Si la función judicial internacional es también una función judicial que busca aplicar e interpretar el derecho para desarrollarlo, ¿qué distingue a la función judicial internacional de la función judicial interna?

Una primera distinción simplista consistiría en sostener que la función judicial internacional se ejerce únicamente por órganos establecidos en virtud de un instrumento jurídico de derecho internacional —en general, un tratado internacional— mientras que la función judicial interna se desempeña por tribunales, creados con base en normas jurídicas de derecho interno (de naturaleza legislativa o constitucional).⁵ Si se tomara en cuenta este criterio formalista, los tribunales internos nunca ejercerían una función judicial internacional. No obstante, si se analizan sentencias recientes de los tribunales internos, se comprueba que éstos están frecuentemente llevados a aplicar el derecho internacional como base legal directa para la solución de las controversias concretas que se les someten. Por lo tanto, es de considerarse que los órganos judiciales internos cumplen con una función judicial internacional cada vez que aplican e interpretan derecho internacional para dirimir los conflictos que oponen a sus justiciables.⁶ Aunque los tribunales internos son, en principio, competentes para recurrir a todas las fuentes del derecho internacionales, el ejercicio de su función judicial internacional se centra, con más frecuencia, en la interpretación y aplicación de tratados internacionales.

² Virdzhiniya Petrova Georgieva, “La ‘judicialización’: una nueva característica del sistema jurídico internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015.

³ Antonios Tzanakopoulos, “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, p. 137.

⁴ *Ibidem*, p. 134.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

Los juzgadores mexicanos no hacen excepción a esta tendencia. En efecto, en la actualidad, los jueces⁷ mexicanos desempeñan una función judicial internacional a través de la interpretación y aplicación de tratados en las controversias que les presentan sus justiciables. Esta nueva dimensión de su quehacer judicial plantea varias preguntas complejas. ¿Qué tipo de tratados internacionales pueden ser invocados como base legal para la solución de controversias ante los jueces mexicanos? ¿Cómo garantizan los órganos judiciales mexicanos que se respeten los derechos y obligaciones que los tratados internacionales reconocen a sus justiciables? ¿Cuáles son los métodos utilizados por los tribunales mexicanos para interpretar los tratados internacionales? ¿Cómo controlan los jueces mexicanos el cumplimiento de los compromisos jurídicos que México adquiere en virtud de los tratados? ¿Cuáles son los acuerdos internacionales más aplicados e interpretados en la jurisprudencia “internacionalista” de los jueces mexicanos y por qué? ¿Cuáles son los principales avances y los retos futuros de la aplicación e interpretación de tratados en la jurisprudencia de los órganos judiciales mexicanos?

El objetivo de la presente investigación consiste en responder a dichas interrogantes. En primer lugar, se establece una tipología de los tratados internacionales que pueden ser invocados en procedimientos iniciados ante jueces mexicanos. En segundo lugar, se muestra que los tribunales mexicanos son los órganos *prima facie* competentes para preservar la eficacia de los derechos y obligaciones que los tratados internacionales crean en el patrimonio jurídico de las personas privadas. En tercer lugar, se analizan los criterios utilizados por los jueces mexicanos para interpretar los tratados internacionales. En cuarto lugar, se puede apreciar el alcance del control judicial de la conformidad del derecho mexicano con los compromisos asumidos por nuestro país en virtud de tratados internacionales. Finalmente, se plantean algunos avances y retos de la “vida judicial” de esta fuente formal del derecho internacional en México.

II. TIPOLOGÍA DE TRATADOS APLICABLES ANTE LOS TRIBUNALES MEXICANOS

Es posible dividir los tratados en tres categorías en función de sus destinatarios:

⁷ El término *juez* en este trabajo se utilizará como sinónimo de “juzgador” para nombrar a los miembros de todos los tribunales mexicanos (jueces, magistrados y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

1. Tratados de naturaleza horizontal que regulan las relaciones entre dos Estados, entre un Estado y una organización internacional, o entre dos organizaciones internacionales.
2. Tratados de carácter vertical que se aplican a las relaciones entre entes no estatales (por ejemplo, individuos, empresas multinacionales o ONG) y Estados y/o organizaciones internacionales.
3. Tratados transnacionales que buscan regular las relaciones internacionales entre personas privadas, sujetos de diferentes ordenamientos jurídicos internos.⁸

En primer lugar, los tratados de carácter horizontal no son, en principio, aplicables en procedimientos judiciales ante tribunales mexicanos porque regulan actos de gobierno que, por su naturaleza altamente política, escapan a la competencia de los órganos judiciales internos.⁹ En segundo lugar, dichos tratados no son aplicables en tales procedimientos porque los Estados y las organizaciones internacionales gozan, en virtud de normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional, de una inmunidad de jurisdicción en los ordenamientos jurídicos internos.¹⁰ Según el principio *pars in parem non habet jurisdictionem*, un Estado soberano no puede ser juzgado por los tribunales internos de otro Estado.¹¹ Los órganos judiciales internos de los Estados tampoco son competentes para conocer de asuntos en los que comparezcan, en la cualidad de demandantes o demandados, las organizaciones internacionales intergubernamentales o sus agentes. A pesar de que existe, en la actualidad, un vivo debate en torno al alcance de dicha inmunidad por actos que constituyen violaciones de normas de *ius cogens*,¹² varios tribunales internacionales se han negado a admitir la existencia de excepciones a la inmunidad de jurisdicción de los Estados y de las instituciones internacio-

⁸ David Sloss y Michael van Alstine, “Handbook on the Politics of International Law”, *International Law in Domestic Courts*, 2015, p. 7, <https://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889>.

⁹ *Ibidem*, p. 15.

¹⁰ Así, por ejemplo, en virtud del artículo II-2 de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de la ONU: “Las Naciones Unidas, así como sus bienes y haberes en cualquier parte y en poder de cualquier persona gozarán de inmunidad contra todo procedimiento judicial a excepción de los casos en que renuncie expresamente a esta inmunidad. Se entiende, sin embargo, que esta renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria”.

¹¹ Se trata de una prerrogativa estatal y es posible que los Estados renuncien a la inmunidad de jurisdicción. No obstante, en el derecho y en la vida social, resulta muy poco probable la renuncia a cualquier tipo de privilegios porque éstos constituyen una fuente de poder.

¹² Lee M. Caplan, “State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory”, *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 741-781.

nales.¹³ Por lo tanto, es muy poco probable que los jueces mexicanos tengan que interpretar y aplicar tratados para resolver controversias que oponen un Estado a otro, un Estado a una organización internacional o dos organizaciones internacionales entre sí. Este aspecto de la función judicial internacional queda, inicialmente, reservado a los tribunales internacionales.

De ahí que los tratados de naturaleza vertical y transnacional son el terreno más fértil para el desempeño de una función judicial internacional por parte de los órganos mexicanos.

El reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las personas privadas, es decir su aptitud de ser titulares de derechos y obligaciones en virtud de las normas del derecho internacional, constituye una de las transformaciones más revolucionarias del orden jurídico internacional. En efecto, en cada vez más ámbitos, las normas internacionales crean derechos y obligaciones directas para las personas físicas y jurídicas.¹⁴ Paralelamente, las personas privadas poseen *locus standi* o capacidad de comparecer en los juicios ante un número cada vez mayor de tribunales internacionales. No obstante, existen todavía casos en los que las normas internacionales, en particular las convencionales, reconocen derechos a las personas privadas, pero no les otorgan el acceso directo a medios judiciales para hacerlos valer en el ámbito internacional. En estos casos, la única alternativa de estos justiciables son los tribunales internos.¹⁵ Además, la regla consuetudinaria de agotamiento de los recursos internos se aplica en numerosos conjuntos normativos especializados y exige de las personas privadas acudir primero a todas las instancias (judiciales) internas disponibles para defender su causa, antes de “elevar” el conflicto al plano de la justicia internacional.

Los tratados de naturaleza transnacional, es decir, aquellos aplicables a las relaciones privadas internacionales, son el principal “punto de conexión” de los tribunales mexicanos con el derecho internacional privado.¹⁶ En efecto, existen, en la actualidad, un gran número de tratados multilate-

¹³ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Fallo, 3 de febrero de 2012; CEDH, *Jones and others vs. the UK*, 14 de enero de 2014.

¹⁴ En particular, los individuos son titulares de derechos humanos, reconocidos en normas de derecho internacional, de derechos que se derivan de las normas internacionales aplicables en materia económica y son, además, sujetos directos de las obligaciones que les impone el derecho internacional penal. Asimismo, las normas internacionales crean derechos, más no obligaciones vinculantes, en el patrimonio jurídico de las empresas multinacionales. Las ONG también son sujetos de la aplicación de algunas normas de derecho internacional.

¹⁵ David Sloss, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶ *Ibidem*, p. 20.

rales de derecho internacional privado que establecen normas sustantivas uniformes, con el fin de evitar los conflictos de leyes internas y su efecto negativo para la seguridad jurídica y para el desarrollo de los negocios privados internacionales. Estas Convenciones regulan numerosos ámbitos de las relaciones privadas: en materia de derecho civil,¹⁷ mercantil,¹⁸ administrativo¹⁹ o procesal,²⁰ entre otros. Al aplicar las reglas contenidas en dichos tratados a las controversias sometidas por operadores privados vinculados con más de un ordenamiento jurídico interno, los tribunales mexicanos se convierten, *de facto*, en “jueces ordinarios de derecho internacional privado”.

Cabe precisar que los tribunales mexicanos son competentes para aplicar los tratados celebrados por México e incorporados en el derecho mexicano.

Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1963, el consentimiento de los Estados para vincularse en virtud del tratado puede expresarse mediante la aprobación o ratificación del mismo. A través de la ratificación, el instrumento de derecho internacional se convierte en derecho interno y se incorpora en el ordenamiento jurídico interno, pasando a formar parte de la legalidad interna. Se ha aceptado que algunas normas convencionales pueden ser *self-executing*, es decir, susceptibles de aplicación inmediata en el ordenamiento jurídico interno, sin que sea necesario pasarlas por el “filtro” de la aprobación. Aun así, en la mayoría de los casos la aplicabilidad inmediata de las normas del derecho internacional sigue siendo incompleta y condicionada por las formalidades de la ratificación.²¹ Esto es particularmente válido para Estados que, como señaló la SCJN en

¹⁷ Entre otros, podemos mencionar a la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas, la Convención de Naciones Unidas sobre Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro o la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

¹⁸ Son de resaltar, entre otros, la Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado, la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles o la Convención interamericana sobre el régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero.

¹⁹ Por ejemplo, la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural.

²⁰ Entre otros, la Convención que Suprime la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de La Haya, la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y su Protocolo Adicional y la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, y el Protocolo Adicional a la Convención.

²¹ Dominique Carreau, *Droit international public*, París, Pédone, 2012, pp. 487-511.

2004 para el caso de México, adoptan la tesis dualista respecto a las relaciones entre el derecho interno y el internacional.²²

Los tratados, incorporados al derecho interno, no dejan de ser normas de derecho internacional, a pesar de que formalmente se hayan convertido en normas de derecho interno a través del acto de recepción.²³ El contenido de las normas convencionales “internalizadas” no cambia y es el resultado de un proceso de creación normativo, originado en una fuente del derecho internacional. Formalmente se trata de normas de derecho interno, pero sustancialmente de normas de derecho internacional. Por lo tanto, cuando los jueces mexicanos aplican e interpretan una norma interna (por ejemplo, un decreto presidencial) que no hace más que trasponer o “domesticar” el contenido de un tratado internacional en el orden jurídico interno del Estado, en realidad aplican “silenciosamente”²⁴ tratados internacionales.

III. LOS TRIBUNALES MEXICANOS: ÓRGANOS PARA LA TUTELA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES INDIVIDUALES DE FUENTE CONVENCIONAL

Como fue señalado anteriormente, el reconocimiento, en los tratados de naturaleza vertical, de derechos y/u obligaciones a las personas privadas, ha vuelto a estos entes no sólo actores de las relaciones internacionales sino también sujetos del derecho internacional. Paralelamente, la necesidad de proteger los derechos y garantizar las obligaciones internacionales de las personas privadas (físicas o morales) permite el ejercicio de una función judicial internacional por parte de los jueces mexicanos.

En este sentido, uno de los principales ámbitos del ejercicio de una función judicial internacional por parte de los jueces mexicanos concierne precisamente en la protección de los derechos humanos que los tratados reconocen a las personas privadas.

²² Como lo señaló la SCJN: “El sistema jurídico mexicano, al igual que la mayoría de las naciones, se identifica con la tesis dualista del derecho internacional en su corriente mencionada en primer término, y es que los tratados internacionales, como normas de derecho externo, no valen por sí solos en nuestro sistema jurídico interno una vez firmados por el Ejecutivo o plenipotenciario facultado, sino es menester su incorporación o adopción al ámbito interno por la soberanía del Estado mexicano, a través de su aceptación, aprobación o ratificación y difusión oficial, tal como se prevé en el Pacto Federal” (Amparo en revisión 237/2002, Segundo Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Juan Silva Meza, el 2 de abril de 2004).

²³ Antonios Tzanakopoulos, *op. cit.*, p. 143.

²⁴ David Sloss, *op. cit.*, p. 30.

Es de recordarse que, después de la Segunda Guerra Mundial, inició en el ámbito del derecho internacional un esfuerzo por proteger los derechos humanos de todos los individuos, aún en contra del actuar de los Estados. Con este fin se establecieron órganos internacionales, judiciales o cuasi-judiciales, encargados de garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas privadas, en el plano del derecho internacional. No obstante, los jueces internos han de considerarse como garantes *prima facie* del respeto a los compromisos que los Estados miembros de la Comunidad internacional adquieren en virtud de los tratados de derechos humanos, porque dichos tratados establecen la obligatoriedad de la regla de agotamiento de los recursos internos.

Los jueces mexicanos han actuado como tal en los tratados de derechos humanos en numerosas ocasiones. Recientemente han asumido un nuevo papel: el de “jueces interamericanos”;²⁵ y han aceptado otorgar a las personas privadas una protección judicial de derechos humanos, previstos en instrumentos jurídicos de derecho internacional.

En efecto, desde 2008, los Tribunales Colegiados de Circuito reconocieron a los individuos la capacidad de invocar, en los procedimientos de amparo, derechos humanos, reconocidos en tratados internacionales. En este sentido, en el *Amparo directo 344/ 2008*, los jueces mexicanos consideraron que: “si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte”.²⁶ Incluso antes de esta fecha, a través de un juicio de amparo resuelto en 2006, los tribunales mexicanos protegieron, de conformidad con el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión como derecho humano de los individuos.²⁷ De igual manera, en un caso resuelto en 2008, la SCJN extendió el alcance del derecho a la salud, previsto en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles, Económicos y Sociales y el artículo 10 del Protocolo Adicional de la Convención Interamericana de Derechos Humanos sobre

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Líneas generales de trabajo 2019-2022*, Ministro Arturo Zaldívar, p. 37, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/carrusel_usos_multiples/documento/2019-01/lineas-grales-trabajo-mp-arturo_zaldivar_lelo_de_larrea.pdf.

²⁶ Tesis: I.7o.C.46, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXVIII, Novena Época, No. Registro: 169108, agosto de 2008, p. 1083.

²⁷ *Stephen Orla Searfoss*, 29 de noviembre de 2006, No. Registro: 173251, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXV, febrero de 2007.

Derechos Culturales, Sociales y Económicos (Protocolo de San Salvador).²⁸ En otro interesante caso de 2008, un Tribunal Colegiado de Circuito examinó posibles violaciones al derecho humano al honor, a pesar de que éste no estaba reconocido en la Constitución de 1917. El tribunal consideró que la persona privada que las invocaba era titular de dicho derecho en virtud de las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos.²⁹

En otros asuntos, los tribunales mexicanos han sido activistas en reconocer derechos individuales, establecidos en tratados internacionales, como derechos humanos. En particular, en el caso Florence Cassez,³⁰ en el cual una ciudadana francesa, detenida en México por su presunta complicidad en delitos de asesinato y secuestro, se amparó ante la SCJN para denunciar, entre otros, una violación a su derecho a la información sobre la asistencia consular de conformidad con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La Corte estimó que dicho artículo consagra un derecho humano y que su tutela judicial efectiva es una integrante del debido proceso.³¹

Estos casos recientes demuestran la voluntad de los jueces mexicanos de otorgar una protección judicial de los derechos humanos que los tratados internacionales reconocen a las personas privadas. Al garantizar el respeto de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, los jueces mexicanos recurren no sólo a su base legal en el derecho (constitucional) interno, sino también, complementaria o exclusivamente, a su consagración en normas convencionales de derecho internacional. Esta evolución ha reforzado significativamente la protección judicial de los derechos humanos en México y ha consolidado el ejercicio de la función judicial internacional de los jueces mexicanos.

Es de recordarse que los tribunales mexicanos son competentes no únicamente como garantes de los derechos que los tratados reconocen a los individuos, sino también para exigirles el cumplimiento de las obligaciones que dicho ordenamiento normativo crea en su patrimonio jurídico. Los individuos son sujetos pasivos del derecho penal internacional y tienen la

²⁸ Tesis: 1a. LXV/2008, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXVIII, Novena Época, No. Registro: 169316, julio de 2008, p. 457.

²⁹ Tesis: I.7o.C.47 K, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXVIII, agosto de 2008, Novena Época No. Registro: 169032, p. 1204; Amparo directo 344/2008, 10 de julio de 2008.

³⁰ Amparo Directo 517/2011, Primera Sala, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de enero de 2013.

³¹ *Ibidem.*, p. 82.

obligación de no cometer crímenes internacionales, so pena de que se comprometa su responsabilidad penal individual en el plano internacional. En virtud del funcionamiento actual de la justicia penal internacional, los jueces internos en general y los jueces mexicanos en particular, son los garantes *prima facie* del respeto de dichas obligaciones.

En primer lugar, los tribunales mexicanos son competentes para ejercer la llamada “jurisdicción universal” que les permite juzgar a individuos, sin importar su nacionalidad, por crímenes cometidos en el territorio de otros Estados.³² Hasta la fecha, los tribunales mexicanos no han ejercido su jurisdicción universal. No obstante, en el caso Carvallo, la SCJN consideró que: “En el derecho internacional se reconoce que los Tribunales de un Estado pueden ejercer en nombre de la comunidad internacional la jurisdicción sobre ciertos delitos graves...”.³³

En segundo lugar, todos los jueces mexicanos son, por disposición del Estatuto de Roma que creó a la CPI, jueces “complementarios” de este tribunal internacional.³⁴ En efecto, los tribunales internos del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen o aquellos del Estado cuyo nacional sea el inculpado, tienen prevalencia sobre la competencia de Corte internacional, si deciden enjuiciarlo. Hasta la fecha, los tribunales mexicanos no han ejercido su complementariedad a la CPI, no han resuelto casos basados en la aplicación directa del Estatuto de Roma ni en el enjuiciamiento de individuos por los crímenes internacionales tipificados en dicho tratado internacional. Cabe recordar que México no se puede considerar como un

³² Dicho principio empezó a desarrollarse en el derecho internacional a partir de la segunda mitad del siglo XX. Así, por ejemplo, Friedrich Eichmann —famoso criminal de guerra nazi— fue secuestrado por agentes del Mossad en Argentina y llevado *manu militari* a Israel donde fue enjuiciado por un tribunal israelí por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, a pesar de que éstos no fueron cometidos en el territorio de Israel y no existía ningún vínculo personal entre este país y Eichmann. En dicha sentencia, los jueces israelíes afirmaron que los crímenes cometidos por el militar nazi eran de naturaleza internacional y habían “sacudido los fundamentos de la comunidad internacional, en su conjunto” (Andreas Lowenfeld, “U. S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 38, 1989, p. 880).

³³ Amparo en Revisión 140/2002, del 10 de junio de 2003.

³⁴ Desde el prominente artículo 1 de dicho Estatuto se señala que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. El artículo 17 del mismo tratado internacional establece la inadmisibilidad de un asunto ante la Corte Penal Internacional cuando el mismo “sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él...”. Por tanto, a diferencia de los dos tribunales penales *ad hoc* (TPIY y TPIR) que ya acabaron su labor, la competencia de la CPI no tiene prioridad sobre la de los tribunales internos cuando se trate de reconocer la responsabilidad penal de individuos por la comisión de los crímenes internacionales a los que aluden los artículos 5 a 8 de su Estatuto.

Estado muy comprometido con la justicia penal internacional, si se toma en cuenta la “reserva disfrazada” que nuestro país presentó a la hora de ratificar el Estatuto de Roma.³⁵ Aun así, existen varias solicitudes de investigación, presentadas ante la Corte, en relación con crímenes de lesa humanidad, cometidos por individuos y miembros del gobierno federal, en territorio mexicano.³⁶ Esto demuestra que los jueces mexicanos podrían, en un futuro próximo, aceptar su función de “jueces de derecho penal internacional” y proteger los derechos humanos de los individuos de los actos de barbarie y crímenes internacionales, cometidos en su contra.

IV. LOS TRIBUNALES MEXICANOS Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los principales métodos de interpretación de los tratados internacionales son codificados en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).³⁷

³⁵ En efecto, en virtud del artículo 21 de la Constitución de 1917: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Dicha disposición es contraria al objeto y fin del Estatuto de Roma que creó la CPI, porque supedita la jurisdicción contenciosa de este tribunal internacional a la aprobación previa del tanto del Presidente de la República y como del Senado para cada caso particular, que implicaría la responsabilidad penal internacional de un individuo de nacionalidad mexicana.

³⁶ Así, por ejemplo, existe una denuncia ante la CPI por comisión de crímenes de lesa humanidad en contra de periodistas en México y otra por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la “guerra contra el narcotráfico”, que se llevó a cabo durante el sexenio del entonces presidente Felipe Calderón.

³⁷ En virtud de dichas disposiciones: “31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán 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

Todos los tribunales internos están llamados a interpretar el derecho internacional en los casos que se les someten. En general, los tribunales internos recurren a los métodos propios del derecho internacional para interpretar las normas de este conjunto normativo. En este sentido, los métodos de interpretación de los tratados, codificados en la CVDT, se han convertido en un importante denominador común para los tribunales internos y garantizan que la interpretación de las normas internacionales se realice conforme a “reglas secundarias” coherentes.³⁸

Es de señalarse que, desde los años 1990, los tribunales mexicanos mostraron su disposición a interpretar los tratados internacionales a través de dichos métodos.

El primer caso en el que la SCJN desarrolló los criterios de interpretación de los tratados, contenidos en la CVDT, tuvo que ver con la supuesta no conformidad de distintas disposiciones de las leyes aduaneras mexicanas con el GATT. Respecto a la necesidad de interpretar dicho tratado internacional, la Corte consideró que:

En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: *a)* el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, *b)* todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o 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; y, como otros elementos hermenéuti-

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. 33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos. 2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen. 3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido”.

³⁸ Helmut Philipp Aust *et al.*, “Unity or uniformity? Domestic Courts and Treaty Interpretation”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, 2014, p. 93.

cos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudirse, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda.³⁹

En primer lugar, es de mencionarse que en la citada tesis se considera que los criterios de interpretación de los tratados internacionales vinculan a la SCJN sólo “en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República”.⁴⁰ Dicho en otros términos, la Corte —máxima intérprete de la Constitución Mexicana— enfatizó que puede acudir a los métodos de interpretación que reconoce un tratado internacional si éstos están conformes con los métodos de interpretación desarrollados en el derecho (constitucional) interno. En segundo lugar, en dicha resolución, la Corte “acomodó” el lenguaje de la CVDT a su propio lenguaje hermenéutico,⁴¹ al señalar que cuando se toma en cuenta la determinación del objeto y fin del tratado “debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica”.⁴²

La SCJN también ha utilizado los métodos de interpretación de la CVDT en sentencias más recientes.⁴³ Es de señalarse que, además de interpretar

³⁹ Amparo en revisión 402/2001, del 16 de agosto de 2002.

⁴⁰ En virtud de dicha disposición: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

⁴¹ Helmut Aust *et al.*, *op. cit.*, p. 94.

⁴² En el derecho internacional, la toma en cuenta del objeto y fin del tratado se realiza mediante el método de interpretación teleológica. No se entendería qué significa el término “método de interpretación literal” y el “método de interpretación sistemática o sistémica” se refiere a la interpretación del tratado conforme con cualquier otra norma de derecho internacional, vigente entre las partes (artículo 31.3 de la CVDT).

⁴³ En otro asunto de su competencia, la SCJN interpretó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio. En efecto, en el caso Carvallo, la Corte determinó que el delito de genocidio no constituía un delito político, en

los tratados de acuerdo con los métodos establecidos en la CVDT, los jueces mexicanos están llamados a interpretar el derecho interno de conformidad con los tratados internacionales.

La “interpretación conforme” constituye una técnica antigua desarrollada por los jueces internos para garantizar que las disposiciones del derecho interno se adecuen con los compromisos asumidos por los Estados en virtud de tratados internacionales. Se considera que dicha técnica fue empleada por primera vez en el caso *Charming Betsey*, resuelto en 1804 por la Corte Suprema de Estados Unidos. En el ámbito del derecho de la UE, la “interpretación conforme” se ha convertido en una obligación para los jueces internos. En efecto, desde la sentencia *Von Colson y Kamann*,⁴⁴ adoptada en 1984 por el TJUE, se considera que los jueces internos tienen la obligación de interpretar el derecho interno de conformidad con las normas del derecho comunitario, aún si éstas no son dotadas de efecto directo en los ordenamientos jurídicos internos. La obligación de interpretación conforme puede resultar no sólo de la jurisprudencia de un juez internacional, como en el caso del derecho de la UE, sino de la propia Constitución de un Estado.⁴⁵

La interpretación conforme permite a los jueces internos armonizar, en forma indirecta, las disposiciones de las normas del derecho interno con las del derecho internacional, en particular, las que se derivan de tratados internacionales. En dicha perspectiva, la interpretación conforme podría ser vista como una alternativa o un sustituto del control de convencionalidad. La interpretación del derecho interno de conformidad con el derecho internacional por parte de jueces que operan en sistemas dualistas también tiene

virtud de una interpretación sistemática de dicho tratado internacional (Amparo en revisión 140/2002, del 10 de junio de 2003). La Corte también tuvo que interpretar normas convencionales de derecho internacional, aplicables en materia de propiedad intelectual en el Amparo en revisión 237/2002, del 2 de abril de 2004. En este asunto, la Corte consideró que para interpretar dichos acuerdos “debe ponderarse la Sección 3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 31 a 33”. No obstante, el Máximo Tribunal no aplicó dichos artículos y se limitó a examinar la compatibilidad de la legislación interna, relativa a los derechos de propiedad intelectual (en particular, de la Ley de Propiedad Intelectual), con las disposiciones convencionales.

⁴⁴ TJUE, Case 14/83, *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, [1984] ECR 1891, TJUE, Case C-106/89, *Marleasing v. La Comercial Internacional de Alimentación*, [1991] ECR 4135.

⁴⁵ Así, por ejemplo, en virtud del artículo 10.2 de la Constitución española: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

por potencial efecto la conversión de dichos sistemas en órdenes jurídicos, *de facto* o “judicialmente” monistas.⁴⁶

Los jueces mexicanos han recurrido a dicha técnica en varios casos recientes. Así por ejemplo, en el Amparo directo 344/2008, un Tribunal Colegiado de Circuito consideró que cualquier acto de privación ilegal de la libertad personal debe ser examinado conforme con los artículos constitucionales que buscan salvaguardar la libertad de las personas y también conforme a los tratados internacionales, aplicables en la materia.⁴⁷ En otro asunto reciente, la SCJN interpretó el artículo 4 de la Constitución de 1917, en lo relativo al derecho a la salud, de conformidad con varios tratados en materia de derechos humanos.⁴⁸ De igual modo, la SCJN, en una sentencia relativa a la legalidad de la prohibición del aborto, interpretó los artículos 4 y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴⁹ Posteriormente, en un caso resuelto por un Tribunal Colegiado de Circuito en 2008, se estableció la obligación de los órganos o instancias que conocen la no ejecución de sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo para “realizar una interpretación conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que responda a lo dispuesto por su artículo 17, y a diversos tratados internacionales suscritos por nuestro país, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica...”.⁵⁰

En sus resoluciones más recientes, la SCJN ha enfatizado la obligación de interpretación conforme del derecho interno con el derecho internacional en materia de derechos humanos y ha señalado que ésta incumbe a todos los jueces mexicanos. Adicionalmente, en un relevante caso de 2011, resuelto por la Corte a la ocasión de la determinación de los efectos jurídicos de la sentencia de la CIDH en el caso Radilla Pacheco, el Tribunal Supremo

⁴⁶ El Saida Boudouhi, “The National Judge as an Ordinary Judge of International Law? Invocability of Treaty Law in National Courts”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015, p. 294.

⁴⁷ Amparo directo 344/2008, del 10 de julio de 2008.

⁴⁸ Tesis: 1a. LXV/2008, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXVIII, Novena Época, No. Registro: 169316, julio de 2008.

⁴⁹ Tesis: P/J. 14/2002, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XV, Novena Época, No. Registro: 187817, febrero de 2002, p. 588.

⁵⁰ Tesis: I.4o.A.629, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXVII, Novena Época, No. Registro: 170180, febrero de 2008.

de México distinguió entre interpretación conforme en sentido amplio y en sentido estricto.⁵¹

Por último, es de resaltarse que en su función de intérpretes del derecho internacional, los tribunales mexicanos han adoptado un principio interpretativo propio del derecho internacional de los derechos humanos, conocido como principio *pro persona*. Después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, este principio fue reconocido en el prominente artículo 1 de la Constitución de 1917.⁵² No obstante, aun antes de la reforma mencionada, los tribunales mexicanos, influenciados por la amplia y relevante jurisprudencia de la CIDH en la materia, aceptaron interpretar los tratados de derechos humanos de acuerdo con este principio hermenéutico del derecho internacional.

En este sentido, en un caso resuelto en 2004, un Tribunal Colegiado de Circuito consideró que

El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos [...].⁵³

⁵¹ La Corte se expresó en los siguientes términos: “Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos”. SCJN, Pleno, *Varios 912/2010*, 14 de julio de 2011, https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/RADILLA%20VARIOS%20912-2010.pdf.

⁵² En virtud de dicha disposición: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

⁵³ Tesis: I.4o.A.441 A, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XX, Novena Época, No. Registro: 180294, octubre de 2004, p. 2385.

Un año después, otro Tribunal Colegiado de Circuito consideró que la aplicación del principio *pro persona* en el sistema jurídico mexicano no es optativa, sino obligatoria para los jueces internos, precisamente porque se trata de un principio reconocido en tratados internacionales que forman parte de la legalidad interna y son, por ende, obligatorios.⁵⁴ En su jurisprudencia más reciente, la SCJN proclamó, en forma aún más solemne, la obligatoriedad del principio *pro persona* en el orden jurídico mexicano. Así por ejemplo, en la sentencia de 2011, pronunciada como consecuencia del caso Radilla de la CIDH, la Corte consideró que: “Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia...”⁵⁵

La interpretación de los tratados de derechos humanos de acuerdo al principio *pro persona* ha llevado a los jueces mexicanos a realizar una extensión considerable de su significado original en el derecho internacional. Dicho principio se ha vuelto, en la actualidad, el predilecto de los tribunales mexicanos en el ejercicio de su tarea interpretativa de los tratados internacionales. Todos los otros métodos de entender este ordenamiento normativo parecen “pasar por el prisma” e, incluso, someterse a la interpretación *pro persona*.⁵⁶

V. LOS TRIBUNALES MEXICANOS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En la mayoría de los órdenes jurídicos internos, el término “control de convencionalidad” (*contrôle de conventionnalité/conventionality control*) designa la obligación para los jueces estatales de controlar la conformidad del derecho interno con el derecho internacional. Dicho control se relaciona estrechamente con los principales postulados de la teoría monista de las relaciones entre el derecho interno y el internacional. Asimismo, el control de convencionalidad vuelve a los jueces internos “jueces de derecho internacional” porque les permite garantizar la eficacia del derecho internacional en los órdenes jurídicos internos. Si el derecho internacional pudiera ser violado por el derecho

⁵⁴ Tesis: I.4o.A.464 A, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXI, Novena Época, No. Registro: 179233, febrero de 2005, p. 1744.

⁵⁵ “Varios” 912/2010, *cit.*, párrafo 35.

⁵⁶ Helmut Aust *et al.*, *op. cit.*, p. 98.

interno, el primero no tendría razón de ser y se pondría en tela de juicio su existencia misma y su capacidad de ser parte de la legalidad interna.

Desde 1925, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en su Opinión consultativa *Exchange of Greek and Turkish Populations*,⁵⁷ reconoció que “existe un principio evidente, según el cual si el Estado ha contratado obligaciones internacionales válidas, éste tiene la obligación de realizar, en su legislación interna, todas las modificaciones que sean necesarias para salvaguardar el cumplimiento de dichas obligaciones”. Poco tiempo después, en 1930, en su Opinión consultativa *Comunidades greco-búlgaras*,⁵⁸ la Corte aclaró que: “en virtud de un principio generalmente aceptado de derecho internacional... las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado”. Este argumento fue reiterado en la jurisprudencia posterior tanto de la CPJI, como de la CIJ.⁵⁹ En el mismo sentido, en virtud del artículo 27 de la CVDT: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La obligación de conformar las disposiciones del derecho interno con el derecho internacional puede derivarse, inclusive, del texto de algunos tratados, en particular, en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos.⁶⁰ Es de recordarse que el sistema más desarrollado de control de convencionalidad del derecho interno es el existente en el derecho de la UE.⁶¹

⁵⁷ CPJI, *Exchange of Greek and Turkish Populations*, Advisory Opinion (ser. B), No. 10, at 20, 21 de febrero de 1925.

⁵⁸ CPJI, *Greco-Bulgarian “Communities”*, Advisory Opinion, P.C.I.J. (ser. B), No. 17, 31 de julio de 1930.

⁵⁹ CPJI, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, P.C.I.J. (ser. A/B), 46, 96, at 167, 7 de junio de 1932.

⁶⁰ Así, por ejemplo, conforme con el artículo 2.2 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos: “2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”. De igual modo, según el artículo 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. En una interpretación *a contrario*, los Estados no pueden adoptar normas de derecho interno que priven de su efecto útil a las disposiciones de estos tratados internacionales y si dichas normas llegan a existir, deben dejar de aplicarse.

⁶¹ En su fundamental sentencia “Simmenthal”, el TJUE consideró que el principio de primacía del derecho comunitario significa que sus normas, “en tanto forman parte integrante,

Para los jueces internos la obligación de desarrollar un control de convencionalidad ha sido reafirmada recientemente en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Como lo señaló la CIDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*:⁶²

...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.⁶³

En su jurisprudencia posterior, la Corte precisó varios aspectos de la aplicación del control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos.⁶⁴

Los tribunales mexicanos respondieron muy positivamente a esta jurisprudencia de la CIDH y aceptaron convertirse en “jueces interamericanos”, a través del desarrollo del control de convencionalidad en materia de derechos humanos, también llamado por ellos mismos “control de convencionalidad en sede interna”.

Así por ejemplo, en 2005, un Tribunal Colegiado de Circuito declaró la incompatibilidad del artículo 128-III B del Código Federal de Procedimientos Penales con el artículo 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁵ De igual forma, en un caso de 2009, un Tribunal Colegiado de Circuito determinó la (in)conformidad del artículo 190 del Código Penal del Estado de Aguascalientes con el artículo 1 de la Constitución Mexicana y los artículos 7 y 26, respectivamente, de la Declaración Univer-

con rango de prioridad, del orden jurídico vigente en el territorio de cada Estado miembro”. En consecuencia, el Tribunal dedujo que la norma nacional incompatible es, por lo menos, inaplicable; que las autoridades nacionales, especialmente los jueces internos, la deben de dejar “inaplicada” y evitar la adopción válida de nuevas medidas nacionales contrarias con el derecho comunitario (Antoine Vauchez, “Integration through Law, Contribution to a Socio-History of the European Political Commonsense”, EUI Working Papers, RSCAS, 2008/10, www.eui.eu/RSCAS/Publications, p. 11).

⁶² CIDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006.

⁶³ *Ibidem*, párrafo 124.

⁶⁴ CIDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128; CIDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párrafo 225; CIDH, *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párrafo 198.

⁶⁵ Tesis: II.1o.P.137 P, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* XXI, Novena Época, No. Registro: 178269, mayo de 2005, p. 1586; Amparo directo 402/2004 del 14 de octubre de 2004.

sal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶⁶ En el Amparo 75/2009, los jueces mexicanos controlaron la compatibilidad de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado con el artículo 63 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y con los criterios desarrollados en la jurisprudencia de la CIDH de la materia.⁶⁷ En cuanto a la electoral, en un caso de 2007,⁶⁸ la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación controló la conformidad de la Constitución Política del Estado de Baja California, en lo relativo a ciertas prohibiciones a ocupar cargos de elección pública, con los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen el derecho a ser votado. En un caso de 2004, la SCJN tuvo que ejercer un control de convencionalidad en materia de propiedad intelectual para controlar la conformidad de la Ley de Propiedad Industrial con la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (TRIPS, por sus siglas en inglés) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).⁶⁹ Asimismo, en 2010, un Tribunal Colegiado de Circuito⁷⁰ enfatizó que el control de convencionalidad debe ser ejercido por los jueces mexicanos “a fin de verificar que la legislación interna no contravenga al objeto y la finalidad de la Convención Interamericana de Derechos Humanos”. Finalmente, en la importante sentencia pronunciada por la SCJN, después de la resolución por parte de la CIDH del caso Radilla, el máximo tribunal mexicano traspuso los considerandos de la sentencia Simmenthal del TJUE en el orden jurídico mexicano. En particular, la Corte estableció que:

...como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1 en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior...

⁶⁶ Tesis: XXIII.3o.J/2, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XVI, Novena Época, No. Registro: 185619, octubre de 2002, p. 1271.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 65.

⁶⁸ Expediente SUP-JDC-695/2007.

⁶⁹ Amparo en revisión 237/2002, Segunda Sala, Ponente: ministro Juan Díaz Romero, 2 de abril de 2004.

⁷⁰ Amparo directo 505/2009, 21 de enero de 2010.

VI. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE TRATADOS EN LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES MEXICANOS: AVANCES Y NUEVOS RETOS

Como fue demostrado anteriormente, los jueces mexicanos ejercen una función judicial internacional cuando protegen los derechos que el derecho internacional reconoce en el patrimonio jurídico de las personas privadas. En todos los casos previamente analizados se demostró que los tribunales mexicanos han basado su función judicial internacional en la protección de derechos humanos, consagrados en tratados internacionales. Los tratados más frecuentemente citados en la jurisprudencia “internacionalista” de los jueces mexicanos son la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre los Derechos Sociales y Culturales, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de la Tortura.

En el mismo sentido, en los apartados anteriores se mostró que los jueces mexicanos han ejercido una función judicial internacional en los casos en que han interpretado tratados internacionales. Del análisis previo se desprende que todos los casos en los que los tribunales mexicanos utilizaron los métodos de análisis previstos en la CVDI tuvieron que ver con la interpretación de tratados internacionales de derechos humanos. La utilización del principio hermenéutico *pro persona* también se centró en la dilucidación del sentido oscuro de tratados internacionales de derechos humanos. Finalmente, la SCJN estableció la obligación de interpretación conforme del derecho interno con el derecho internacional únicamente en materia de derechos humanos.

Los casos estudiados en los apartados anteriores también muestran claramente que el terreno predilecto para el ejercicio de un control de convencionalidad por parte de los jueces mexicanos ha sido el de la protección de los derechos humanos. La SCJN consideró que es obligación de los jueces mexicanos controlar la compatibilidad del derecho interno con los tratados internacionales de derechos humanos, únicamente. Todos los casos en los que se ha llevado a cabo dicho control fueron centrados en apreciar la conformidad de normas de derecho interno con tratados de derechos humanos. Esta investigación encontró solamente un caso en el que los jueces mexicanos ejercieron un control de convencionalidad de una ley interna con tratados que no tienen que ver con la protección internacional de los derechos humanos (los acuerdos TRIPS y TLCAN).

Esto demuestra que los alcances de la función judicial internacional de los jueces mexicanos se limitan, en la actualidad, a la aplicación e interpretación casi exclusiva de tratados internacionales de derechos humanos. ¿A qué se debe esta preponderancia de los tratados internacionales de derechos humanos en el desempeño, por parte de los jueces mexicanos, de una función judicial internacional?

Es de estimarse que el texto de la Constitución de 1917 y la interpretación que de éste ha hecho la SCJN han influenciado la concepción que tienen de sí mismos los jueces mexicanos como “jueces de derecho internacional”.

En primer lugar, el texto constitucional reduce el derecho internacional a una sola de sus fuentes formales: los tratados internacionales. Como atinadamente señala Manuel Becerra, la Constitución de 1917 es completamente “monotemática” y, tradicionalmente, en México, “el derecho internacional se había identificado con el derecho de los tratados”.⁷¹ En efecto, la Constitución de 1917 trata de temas de derecho internacional en pocos artículos que, además, se encuentran dispersos en el cuerpo de la norma suprema. En particular, los temas y problemas de derecho internacional encuentran cabida en los artículos constitucionales 89, 104, 105, 117, 76, 15 y 133. Todos se refieren únicamente a tratados. Es de estimarse que la reducción constitucional del derecho internacional a una sola de sus expresiones normativas: los tratados internacionales, conlleva una disminución lógica de la función judicial internacional de los tribunales mexicanos a una función exclusivamente dedicada a la interpretación y aplicación de tratados internacionales.

Asimismo, el rango infra-constitucional de los tratados que se reconocen en el artículo 133 de la Constitución y en la jurisprudencia de la SCJN, parece haber hecho pensar a los jueces mexicanos que las normas convencionales de derecho internacional son un conjunto normativo accesorio y subalterno a la primacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico interno. Varios jueces mexicanos han expresado claramente esta concepción de los tratados, en particular, y del derecho internacional, en general. Al definir el valor del *soft law* en el ordenamiento jurídico mexicano, un Tribunal de Circuito consideró que esto no implicaba “desconocer la observancia *primigenia* del orden jurídico nacional, ni el principio de subsidiariedad de las normas supranacionales...”.⁷² En esta concepción, la observancia “pri-

⁷¹ Manuel Becerra Ramírez, “La recepción del derecho internacional en la Constitución de 1917. Hacia un nuevo sistema”, en Jorge Sánchez Cordero (coord.), *Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones del Derecho Internacional Público*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 3-19.

⁷² Amparo en revisión 215/2014, 16 de octubre de 2014.

migenia” del orden jurídico interno solo puede ser alterada (y/o complementada) por tratados que expresen valores considerados fundamentales y superiores en dicho sistema: los tratados de derechos humanos.

En este sentido, la tendencia de los jueces mexicanos a centrar el ejercicio de su función judicial internacional en la aplicación e interpretación de tratados internacionales referentes a los derechos humanos puede relacionarse con el lugar especial que dichas normas han adquirido después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011.⁷³ Como resultado de ésta, dichas normas, incluidas en tratados internacionales, adquirieron valor supra-legislativo y se ubicaron en el mismo nivel que la Constitución de 1917. Este renovado lugar de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano se relaciona estrechamente con la presencia preponderante de éstos en la jurisprudencia “internacionalista” de los jueces mexicanos.

No sólo en México, sino también en el orden jurídico internacional, a partir de la paz de Westfalia, se ha sostenido que los tratados internacionales constituyen “la principal fuente” del derecho internacional. Esto se debe a la importancia de los tratados para el desarrollo del sistema normativo internacional. Los tratados son el instrumento jurídico *par excellence* que los principales sujetos del derecho internacional —los Estados y las organizaciones internacionales intergubernamentales— utilizan para regular, por medio del consenso, sus relaciones jurídicas mutuas. Los tratados permiten lograr un acuerdo acerca de la promoción de intereses comunes a los Estados y a los demás sujetos del derecho internacional y de esta forma promueven la estabilidad, la certeza y la previsibilidad de los compromisos jurídicos recíprocos. Tanto la analogía de los tratados con los contratos de derecho privado⁷⁴ como su carácter de actos de voluntad, de naturaleza legislativa,⁷⁵ no han sido contestados. Como lo señala el propio Preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, éstos desempeñan una “función fundamental” “en la historia de las relaciones interna-

⁷³ Los principales objetivos de la reforma consistieron en establecer la obligación de interpretar las normas de derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, reforzar la aplicación del principio *pro persona* por los jueces mexicanos y consolidar la obligación de todas las autoridades del Estado mexicano de respetar y garantizar los derechos humanos de los individuos.

⁷⁴ Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, The Lawbook Exchange, 2002.

⁷⁵ Ingo Venzke, “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, p. 8.

cionales” porque constituyen un “medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones”. Por lo tanto, no es de extrañarse que la evolución del orden jurídico internacional se caracterice por el paulatino surgimiento de una compleja “red” de tratados internacionales, aplicables tanto en el ámbito universal como en el regional. De modo que, en la actualidad, existen más de 158 000 tratados internacionales, registrados en las United Nations Treaty Series y publicados en papel en más de 2200 volúmenes.⁷⁶

Los tratados internacionales son definitivamente una fuente importante del derecho internacional contemporáneo y el mecanismo predilecto para la creación de derechos y obligaciones a cargo de sus sujetos primarios: los Estados soberanos. No obstante, la utilización predilecta de esta fuente para la regulación de las relaciones jurídicas internacionales no necesariamente implica su preeminencia respecto a las demás fuentes del derecho internacional. Consecuentemente, al tener que pronunciarse sobre cuestiones de derecho internacional, los jueces mexicanos pueden (y deben) referirse no sólo a los tratados, sino también a las demás fuentes del derecho internacional.

Los jueces mexicanos pueden aplicar la costumbre internacional —segunda fuente formal del derecho internacional—, establecida en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Varios tratados internacionales no hacen más que codificar normas consuetudinarias preexistentes. Muchas de éstas al no estar por escrito se convierten en normas convencionales y adquieren el estatus de derecho escrito por medio de la codificación.⁷⁷ En virtud del derecho internacional, la costumbre internacional es vinculante para México de la misma manera que lo son los tratados internacionales y, por lo tanto, constituye una fuente de legalidad en el orden jurídico mexicano. Ya existe un caso concreto en el que los jueces mexicanos han aplicado la costumbre como fuente del derecho internacional.⁷⁸ Sería ideal que este caso dejara de ser el único y que se incluyeran más referencias a la costumbre internacional en las sentencias “internacionalista” de los jueces mexicanos. La costumbre podría convertirse en un recurso muy útil para la resolución de las controversias sometidas ante el foro de los tribunales mexicanos.⁷⁹

⁷⁶ Datos disponibles en <http://www.un.org/es/treaty/overview.shtml>.

⁷⁷ *Statute of the International Law Commission*, G.A. Res. 174 (II), art. 1, U.N. Doc. A/RES/174(II) (Nov. 21, 1947).

⁷⁸ En efecto, en la Controversia constitucional 5/2001, la SCJN se basó en la presencia de una costumbre internacional en materia de husos horarios.

⁷⁹ En efecto, cuando los Estados no han ratificado determinado tratado, pero su contenido se basa en la existencia de normas consuetudinarias preexistentes, los jueces mexicanos pueden aplicar dichas normas y lograr el mismo resultado que si aplicaran un tratado

De igual modo, es de estimarse que los jueces mexicanos no podrán aplicar correctamente los tratados internacionales y no podrán cumplir eficazmente con su función judicial internacional, sin recurrir a la tercera fuente formal del derecho internacional, reconocida en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ: los principios generales del derecho. Dichos principios permiten resolver conflictos entre tratados, interpretar las normas convencionales y/o llenar sus lagunas. Existen, además, principios generales del derecho que son inherentes a la propia “mecánica jurídica” de los tratados.⁸⁰

Los jueces mexicanos podrían ser llevados a aplicar e interpretar otras fuentes contemporáneas del derecho internacional. Así por ejemplo, el *ius cogens* es un componente normativo fundamental del derecho internacional que podría ser invocado ante los tribunales mexicanos. Ya existen dos casos en los que los jueces mexicanos han recurrido a este concepto para resolver controversias concretas que les fueron presentadas por sus justiciables.⁸¹

Permanecen así varias áreas de oportunidad para consolidar el contenido y extender el alcance de la función judicial internacional de los órganos judiciales mexicanos no sólo a otras fuentes del derecho internacional, sino también a otras categorías de tratados que no forman parte del derecho internacional de los derechos humanos.

México ha ratificado 77 Convenios en materia de derecho ambiental internacional.⁸² Adicionalmente, nuestro país lo ha hecho con el Estatuto de Roma que establece la CPI como otros acuerdos que rigen en materia de derecho penal internacional. Así también, lo mismo ha sucedido con 80 de los 178 Convenios de la OIT. Dichos Convenios consagran un invaluable catálogo de derechos laborales que se integra en el patrimonio jurídico de los

—obligar al Estado (a sus órganos y agentes) a cumplir con sus obligaciones internacionales—. Asimismo, a través de la aplicación de costumbre internacional, los jueces mexicanos pueden llenar las lagunas que dejaría la no ratificación de un tratado, por parte de México, para la defensa de derechos individuales, reconocidos en el derecho internacional.

⁸⁰ Así, por ejemplo, la aplicación e interpretación concreta de los tratados internacionales se somete a los postulados normativos de los principios *Pacta sunt servanda, rebus sic standibus, ex consensu advenit vinculum* o *res inter alios pacta*. (Ricardo Méndez-Silva, “Los principios del Derecho de los Tratados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 7, 1970, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/7/art/art4.pdf>).

⁸¹ Tesis 1a. CCV/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 6, mayo de 2014, tomo I, Décima Época, número de registro 2006482, p. 56; Amparo en revisión 257/2018, <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5764>.

⁸² Secretaría de Relaciones Exteriores, *Tratados celebrados por México*, <http://tratados.sre.gob.mx/>; Secretaría de Gobernación, *Guía de tratados promulgados y otros instrumentos internacionales vigentes suscritos por México*, Segob, México, 2003.

particulares. Al igual que los tratados de derechos humanos, los de derecho ambiental internacional, de derecho penal internacional o de derecho internacional del trabajo podrían ser utilizados para garantizar los derechos y obligaciones que reconocen a las personas privadas, para interpretar el derecho interno conforme a los compromisos adquiridos por el Estado mexicano en el plano internacional y/o para ejercer un control de convencionalidad del derecho interno con base en estas normas convencionales del derecho internacional.

Estas posibilidades de extender la función judicial internacional de los jueces mexicanos son sólo algunos ejemplos no limitativos de la riqueza que podrían ofrecer las normas convencionales y no convencionales del derecho internacional general y de sus múltiples ramas especializadas para el quehacer judicial de los tribunales mexicanos en su tarea fundamental de impartir justicia a los sujetos del ordenamiento jurídico interno.

VII. CONCLUSIONES

En la actualidad, los jueces mexicanos desempeñan activamente una función judicial internacional a través de la interpretación y aplicación de tratados de derechos humanos en los casos concretos que les son derivados. Los tribunales mexicanos han aceptado fungir como garantes de los derechos y obligaciones que los tratados de derechos humanos reconocen a las personas privadas. Adicionalmente, los órganos judiciales mexicanos han aclarado y consolidado los criterios de interpretación de los tratados de derechos humanos y los han implementado a través del mecanismo de la “interpretación conforme”. Por último, los jueces mexicanos se han reconocido competentes para controlar la conformidad de las normas del derecho mexicano con los compromisos asumidos por México en virtud de tratados internacionales de derechos humanos.

No obstante, desde la perspectiva del derecho internacional, no sólo los tratados sino también las demás fuentes del derecho internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado mexicano, incluyendo sus tribunales. Muchas de estas normas pueden ser invocadas como base legal directa para resolver controversias ante los órganos judiciales mexicanos. Además, los juzgadores mexicanos son competentes para interpretar todas las normas del derecho internacional de conformidad con los métodos establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los órganos judiciales mexicanos pueden realizar una interpretación conforme al derecho interno, con base en cualquier tipo de normas del derecho internacional, sin importar si son convencionales o no, de naturaleza vertical o si son dotadas

de un carácter *self-executing*. La utilización interpretativa de todo el derecho internacional presenta un gran potencial para el ejercicio de la función judicial internacional de los tribunales mexicanos. De igual modo, el control de convencionalidad, en la visión del derecho internacional, no se restringe al ámbito de la tutela judicial de tratados de derechos humanos. Se trata de un control de todo el derecho interno respecto a todo el derecho internacional.

Estas distinciones militan a favor de una necesaria ampliación de la función judicial internacional de los jueces mexicanos hacia la consideración de otras fuentes del derecho internacional y de otras categorías de tratados internacionales.

Los jueces mexicanos son los únicos representantes del Estado mexicano que pueden “dar vida” al derecho internacional en los hechos y sucesos de la realidad social que los rodea. La creación del derecho internacional no es un proceso que se acaba con la adopción de normas jurídicas internacionales y su incorporación en el derecho mexicano. Se trata de un proceso que sigue su trayectoria en la función de los tribunales mexicanos que, a través de la interpretación y aplicación de dichas normas en los casos concretos, les dan sentido y utilidad social. La verdadera misión de la función judicial internacional de los tribunales mexicanos consiste en escuchar y recibir instancias provenientes de la realidad, para establecer así la conexión imprescindible entre el derecho internacional y la sociedad mexicana.⁸³ Todo el “efecto útil” del derecho internacional para los miembros de dicha sociedad puede depender, en última instancia, de su mayor instrumentación por parte de los jueces mexicanos.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “La recepción del derecho internacional en la Constitución de 1917. Hacia un nuevo sistema”, en Jorge SÁNCHEZ CORDERO (coord.), *Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones del Derecho Internacional Público*, México, IJ-UNAM, 2017.
- CARREAU, Dominique, *Droit international public*, París, Pédone, 2012.
- LAUTERPACHT, Hersch, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, The Lawbook Exchange, 2002.

⁸³ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, 2003.

SANDHOLTZ, Wayne y Christopher WHYTOCK (ed.), *Research Handbook on the Politics of International Law*, Reino Unido, Elgar, 2017.

SLOSS, David y Michael VAN ALSTINE, “International Law in Domestic Courts”, 2015, <https://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889>.

2. Artículos

AUST, Helmut Philipp *et al.*, “Unity or uniformity? Domestic Courts and Treaty Interpretation”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, 2014.

CAPLAN, Lee M., “State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory”, *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003.

CASSESE, Antonio, “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (dédoublement fonctionnel) in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990.

EL BOUDOUHI, Saida, “The National Judge as an Ordinary Judge of International Law? Invocability of Treaty Law in National Courts”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015.

LOWENFELD, Andreas, *vs.* Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law, *American Journal of International Law*, vol. 38, 1989.

MÉNDEZ-SILVA, Ricardo, “Los principios del Derecho de los Tratados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 7, México, 1970, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/7/art/art4.pdf>.

PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “La ‘judicialización’: una nueva característica del sistema jurídico internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, México, 2015.

TZANAKOPOULOS, Antonios, “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011.

VAUCHEZ, Antoine, “Integration through Law. Contribution to a Socio-History of the European Political Commonsense”, *EUI Working Papers, RSCAS*, 2008/10, disponible en www.eui.eu/RSCAS/Publications.

VENZKE, Ingo, “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011.

LA INCORPORACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA EN EL CASO MEXICANO: PROPUESTA DE REFORMA A PARTIR DEL DERECHO COMPARADO

Iliana RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Procedimiento ante el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. III. *México y la Corte Penal Internacional*. IV. *Estudio jurídico comparativo de las Constituciones y la adopción de la Corte Penal Internacional*. V. *Conclusión*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Penal Internacional (CPI) es una Corte permanente e independiente que está vinculada con el sistema de Naciones Unidas y es competente para conocer sobre los cuatro crímenes internacionales reconocidos en el Estatuto de Roma (en adelante, el Estatuto) de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de la CPI nace el 17 de julio de 1998, a través de la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de la Organización de las Naciones Unidas, y entró en vigor, a nivel internacional, el 1o. de julio de 2002, tras la aprobación, en ese entonces, de 120 Estados.

México tuvo varios momentos clave en la celebración del Estatuto; primero, firmó éste el 7 de septiembre del 2000, posteriormente, hizo depósito de su instrumento de ratificación el 28 de octubre del 2005, tras la aprobación del Senado mexicano el 21 de junio del mismo año. Fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de septiembre del 2005, y entró en vigor hasta el 1o. de enero del 2006. El tiempo transcurrido entre estas fechas, es el que el Estado mexicano se tomó también para agregar un párrafo al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que establece una condición previa para recurrir a la jurisdicción de la Corte, y que no responde a reserva o declaración interpretativa algu-

na, excediendo a lo previsto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El presente análisis expone el valor del Estatuto de Roma en los Estados Parte que se obligan por éste, mediante un estudio jurídico comparativo de sus constituciones, para demostrar porqué México debería reconocer claramente la jurisdicción de la CPI, retirando la condición estipulada en el artículo 21 constitucional. El derecho internacional no puede admitir excepciones interpretativas, al margen de lo que la comunidad internacional busca para un sistema de relaciones internacionales con características propias, hacerlo es “perder de vista el origen del derecho”.¹

En este artículo, se aborda al Estatuto de Roma de la CPI explicando sus antecedentes y los filtros que debe realizar para admitir un caso. Comenzando con el análisis de la jurisdicción, seguido del examen de admisibilidad y concluyendo con el análisis de gravedad. Esto con el objetivo de comprender el funcionamiento de la Corte y las reglas contempladas para que ejerza su competencia.

La situación de México se analizará a partir de tres ideas principales. La primera de ellas versa sobre la reserva interna que el Estado mexicano impuso en el artículo 21 constitucional para reconocer casuísticamente la competencia de la CPI. La segunda idea recae en la soberanía del Estado mexicano, argumentando que el reconocimiento de la competencia de la CPI no va en detrimento de ésta. Y finalmente, como tercera idea, destacan los beneficios que ofrece la CPI, mismos que se cumplirían si México reconociera su jurisdicción plena, sin someterla a la decisión del Senado, como se enmarca en el artículo 21 constitucional.

II. PROCEDIMIENTO ANTE EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Antecedentes

La Segunda Guerra Mundial impulsó un nuevo orden mundial que no se limitó a la sistematización de lo que luego sería formalmente el Derecho Internacional Público, ni al fomento de nuevos y diversos organismos internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia en temas de responsabilidad del Estado; sino que fue más allá al dar muestras de que los crímenes de esa guerra

¹ M. Becerra Ramírez, *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*, México, UNAM, 2017, p. 6.

serían juzgados y no quedarían impunes. Se crearon los Tribunales de Núremberg, encargados de enjuiciar criminales de guerra, y se formaron otros tribunales como el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente establecido en 1945 (los juicios de Núremberg y los juicios de Tokio) para enjuiciar a altos mandos japoneses a semejanza de los Tribunales de Núremberg.

Durante las conferencias de Teherán, Yalta y Postdam se reveló la intención de los aliados por juzgar a generales alemanes y esto quedó asentado fehacientemente en la Carta de Londres, que estableció en uno de sus anexos la creación de un Tribunal para juzgar a criminales de guerra. En ésta sólo se señalaban a criminales alemanes (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg) pero en ese estatuto, se aludía en el artículo 5 al fundamento que luego serviría para la creación de un Tribunal en el Lejano Oriente. El artículo 5 del Estatuto estableció la posibilidad de la creación de más tribunales, en casos necesarios, que funcionarían de la misma manera que los Tribunales de Núremberg: “Artículo 5. En caso necesario, y en función del número de causas a juzgar, se podrán establecer otros Tribunales, debiendo ser idéntica la composición, funciones y procedimiento de cada uno de dichos Tribunales, que se regirán por el presente Estatuto”.²

En su estructura, los Tribunales de Núremberg y del Lejano Oriente funcionaban de forma similar en cuanto a crímenes contra la paz (violación de tratados); crímenes de guerra (asesinatos y violaciones); crímenes contra la humanidad (tratos degradantes, esclavitud y asesinatos en masas); y crímenes cometidos por líderes de alguno de los grupos o Estados que cometían los citados crímenes (la condición de líder llevaba la pena máxima). Estos tribunales fincaban responsabilidad individual, como ahora lo hace la CPI.

Más tarde, con la existencia formal de Naciones Unidas, nace un sistema judicial internacional, compuesto de diversos tribunales, pero aún sin uno en materia penal internacional. Es con la guerra de los Balcanes (1991-1995) y el genocidio en Ruanda (1994) que se impulsa la creación de una Corte Penal Internacional.

Posteriormente, la Organización de Naciones Unidas emite el “Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional”,³ la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, solicitó entre 1990

² Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 1945, http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66

³ ONU, A/CONF.183/10, “Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional”, 1998, <https://www.dipublico.org/conferencias/cortepenal/A-CONF.183-10.pdf>.

y 1991 a la Comisión de Derecho Internacional una propuesta para crear una Corte Penal Internacional. En 1993 se solicitó el proyecto de Estatuto y en 1994 se presentó el proyecto a la Asamblea General.

Dicha asamblea estableció un Comité Especial encargado de redactar cuestiones sustantivas y adjetivas del Estatuto. En 1995 se instauró un Comité Preparatorio que continuó analizando el proyecto de estatuto, mismo que comenzó la redacción del proyecto definitivo que se presentaría en la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios.*

La Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional se celebró del 15 de junio al 17 de julio de 1998 en Roma, Italia. La Conferencia tenía los siguientes grupos de trabajo: la mesa del Presidente y Vicepresidente, el Comité de Planeación, el Comité de Redacción y la Comisión de Verificación de Poderes, quienes en conjunto redactaron el Estatuto de Roma de la CPI.

De acuerdo con el Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos (OEA), 120 Estados votaron a favor de la adopción de la CPI, 7 en contra y 21 se abstuvieron.⁴ A partir de ese año se abrió el Estatuto de Roma para que todos los Estados pudieran firmarlo, pero fue hasta 2002 cuando el Tratado entró en vigor, pues, según señala el artículo 126 del Estatuto, éste entraría en vigor una vez que se depositara ante el Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Se creó la CPI, la cual, de acuerdo con el artículo 1o. del Estatuto, tiene carácter permanente, es independiente y está vinculada con el sistema de Naciones Unidas. Asimismo, la Corte está facultada para actuar de forma complementaria, reconociendo la primacía de la jurisdicción penal nacional de cada Estado y sujetándose a las disposiciones incluidas en el Estatuto de Roma.

A. Jurisdicción de la Corte

El artículo 12 del Estatuto señala que, para ejercer su competencia, la Corte debe realizar un análisis previo donde verifique la existencia de la jurisdic-

* Agradezco la colaboración de Brenda Leticia Olivos González, estudiante de Derecho del Tecnológico de Monterrey Campus Ciudad de México, para la elaboración de este apartado.

⁴ Departamento de Derecho Internacional de la OEA, “Conferencia de Expertos Gubernamentales sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario y Convenciones Interamericanas Relacionadas: Resumen de los debates de la Conferencia”, Costa Rica, 2001, http://www.oas.org/juridico/spanish/conferencia_de_expertos_modulo3.htm.

ción temporal, la jurisdicción material y la jurisdicción personal o territorial, explicadas a continuación.

a. Jurisdicción temporal

El artículo 11 del Estatuto señala que la jurisdicción temporal de la Corte comienza a partir de la entrada en vigor del éste, es decir, la Corte puede conocer de delitos cometidos a partir del 1º de julio de 2002. Respecto de los Estados Parte que ratificaron el Tratado después de su entrada en vigor, la Corte será competente para conocer de los crímenes cometidos a partir de la entrada en vigor del Estatuto en el Estado respectivo, salvo que un Estado acepte la competencia de la Corte a través de una declaración ante el secretario de la Corte.

b. Jurisdicción material

La Corte tiene por objetivo conocer únicamente de los crímenes más graves de trascendencia internacional establecidos en el artículo 5 del Estatuto; por lo tanto, sólo es competente para conocer del crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, cuyas definiciones se encuentran en los artículos 6, 7, 8 y 8 *bis*, respectivamente.

El crimen de agresión fue una de las enmiendas aprobadas en la Resolución RC/Res.6 de la Conferencia de Revisión del Estatuto que se celebró en Kampala, Uganda del 31 de mayo al 11 de junio de 2010. La jurisdicción de la Corte sobre este delito se activó el 15 de diciembre de 2017 por voto consensuado de la Asamblea de los Estados Parte.⁵

c. Jurisdicción personal o territorial

Para enjuiciar a un individuo, debe existir jurisdicción personal o jurisdicción territorial, las cuales, según el artículo 12.2.a y 12.2.b del Estatuto, se configuran cuando:

1. El individuo cometió uno o más de los delitos internacionales en el territorio, incluyendo los buques y aeronaves, de un Estado Parte del Tratado.

⁵ CPI, “Assembly activates Court’s jurisdiction over crime of aggression”, 2017, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1350>.

2. El individuo que cometió uno o más de los delitos internacionales es nacional de un Estado Parte del Tratado.

Una vez que se verifican las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte, ésta podrá ejercer su competencia, siempre que los delitos sean referidos a la Corte a través de alguno de los supuestos contemplados en el artículo 13 del Estatuto, el cual señala que los delitos se pueden:

1. Denunciar ante el Fiscal por un Estado Parte.
2. Denunciar ante el Fiscal por el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas por considerar que hay una amenaza a la paz y seguridad internacionales (capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas).
3. Denunciar *proprio motu*, es decir, cuando el Fiscal haya iniciado de oficio una investigación.
4. Excepcionalmente, la Corte será competente cuando un Estado que no es Parte del Tratado consienta su competencia mediante una declaración ante el Secretario de la Corte (artículo 12.3).

De acuerdo con el artículo 15 del Estatuto, una vez que la denuncia llega ante el fiscal, éste estará encargado de hacer un análisis preliminar y recabar información de fuentes fidedignas que sustenten los hechos. Si determina que hay fundamento suficiente y que se cumple con los requisitos jurisdiccionales, entonces realizará una petición para abrir una investigación ante la Sala de Cuestiones Preliminares.

La Sala de Cuestiones Preliminares determinará si hay o no elementos para abrir una investigación. Si determina que no los hay, no se abrirá la etapa de investigación, aunque el Fiscal podrá examinar el asunto si surgen nuevos hechos o pruebas. Si la Sala de Cuestiones Preliminares determina que sí hay elementos, el Fiscal continuará con la investigación y podrá solicitar la emisión de una orden de arresto o de una citación para comparecer a juicio.

Una vez que el Fiscal presente su evidencia y señale los cargos, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá declinar o confirmar los cargos. En caso de confirmarlos, se cerrará la etapa preliminar y se abrirá la etapa de juicio ante la Sala de Primera Instancia.⁶

⁶ Artículo 19, párrafo 6, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, <https://www.icc-cpi.int/Publications/Estatuto-de-Roma.pdf>.

B. *Admisibilidad*

De acuerdo con el artículo 17 del Estatuto, la Corte determinará que el asunto es inadmisibile cuando:

1. Las autoridades nacionales del Estado ya estén investigando o realizando un juicio, salvo que haya falta de voluntad o falta de capacidad para realizar la investigación o enjuiciamiento.
2. El asunto ya haya sido investigado y se haya determinado no enjuiciar al individuo, salvo que haya falta de voluntad o falta de capacidad para realizar el enjuiciamiento.
3. La persona ya haya sido enjuiciada por esa conducta.
4. El asunto no cumpla con el umbral de gravedad necesario para que la Corte intervenga.

Por su parte, la falta de voluntad para investigar o enjuiciar mencionada en el punto 2 se determinará si:

1. La decisión de las autoridades nacionales busca deslindar al individuo de su responsabilidad penal.
2. Haya una demora injustificada en el juicio que demuestre la falta de interés en que el individuo comparezca ante la justicia.
3. El proceso no se lleve de forma independiente o imparcial.

La falta de capacidad para investigar o enjuiciar se determinará cuando el Estado carezca de su administración nacional de justicia, o bien, si ésta colapsó total o sustancialmente, así como por la existencia de otras razones que impidan que pueda realizar el juicio.

Cabe destacar que el artículo 18 del Estatuto contempla que durante la investigación preliminar o en la etapa de investigación, el Fiscal deberá notificar a todos los Estados Parte, los cuales tendrán derecho de informar a la Corte si llevaron o están llevando a cabo alguna investigación relacionada con el asunto, además de que podrán solicitar que el Fiscal se inhíba de su competencia.

Excepcionalmente, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá autorizar la investigación si el Fiscal lo solicita, aunque dicha decisión podrá ser apelable. Si no se autoriza la investigación, éste tendrá que esperar 6 meses para examinar, siempre que se demuestre la falta de voluntad o falta de capacidad del Estado.

Finalmente, el artículo 19 del Estatuto contempla la posibilidad de impugnar la competencia de la Corte siempre que se actualice un supuesto para determinar la inadmisibilidad. Según el artículo 19.2 la impugnación la podrá realizar el acusado o contra quien se haya dictado orden de detención o de comparecencia; así como el Estado que ya haya investigado o enjuiciado o esté en proceso de hacerlo; y el Estado no Parte del cual se requiere la aceptación de la competencia de la Corte.

Complementariedad

La complementariedad va de la mano con la admisibilidad, pues si se actualiza algún supuesto de inadmisibilidad, la competencia de la Corte queda excluida, toda vez que el Estatuto contempla la primacía de la jurisdicción nacional sobre la internacional. De acuerdo con Paul Seils⁷ el sistema de complementariedad protege principalmente la soberanía de los Estados y la eficiencia de la Corte.

Por un lado, protege la soberanía de los Estados porque aquellos ejercen su jurisdicción penal y sólo excepcionalmente conocerá la Corte Penal Internacional, que funge como un tribunal complementario. Asimismo, el Estado manifiesta el ejercicio de su soberanía, pues voluntariamente firma el Estatuto de Roma y reconoce la jurisdicción de la Corte.

Por otro lado, el ser una Corte complementaria asegura la eficiencia de su labor, pues la Corte sólo conoce de ciertos casos, evitando así una carga de trabajo excesiva. Asimismo, Seils hace hincapié en que llevar a cabo procedimientos nacionales, ayuda a restaurar la confianza en las instituciones nacionales.

Por último, el sistema de complementariedad protege a las personas que ya han sido juzgadas en cortes nacionales, respetando el principio *non bis in idem* y también la primacía de las cortes nacionales. Además de que impulsa a los Estados a cumplir con su deber de juzgar a los responsables de la comisión de crímenes internacionales.

C. Gravedad

La Corte establece en el artículo 17.1.d el umbral de gravedad, pues el asunto debe ser de “gravedad suficiente” para que la Corte intervenga. Aunque el

⁷ Paul Seils, *Handbook on Complementarity. An Introduction to the Role of National Courts and the ICC in Prosecuting International Crimes*, Nueva York, Centro Internacional de Justicia Transicional, 2016, pp. 1-8, https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf.

Estatuto no define el alcance de este requisito, Megumi Ochi señala que la gravedad hace referencia a que la Corte solamente conoce de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional, además de que, a través de este requisito, se tiene certeza de que la Corte sólo analizará los crímenes más graves, evitando, como se ha mencionado para el caso de la complementariedad, tener una gran carga de trabajo que le volvería ineficiente.⁸

Ochi⁹ señala que la escala, la naturaleza, la manera y el impacto son elementos relevantes para determinar la gravedad de un caso. Además, apunta que la CPI ha formulado un umbral de doble gravedad, por el cual se analiza:

1. La gravedad de un caso con base en el crimen cometido y la perspectiva de las víctimas.
2. La gravedad de la situación con base en el crimen cometido, la perspectiva de las víctimas y el rango jerárquico del acusado.

Sin embargo, Ochi concluye que aún no hay una definición de lo que significa la “gravedad suficiente”, sino un conjunto de elementos que son importantes para determinar si ésta existe.¹⁰

Otro requisito relevante es el de interés de la justicia, el cual es mencionado en el artículo 53.1.c del Estatuto, señalando que el Fiscal no sólo debe contemplar la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, sino también el interés de la justicia. Asimismo, el artículo 53.2.c señala que el Fiscal puede determinar que no hay fundamento suficiente para realizar una investigación porque el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia.

A pesar de que este concepto es una causal para no iniciar una investigación, no se encuentra definido en el Estatuto. Sin embargo, la Oficina del Fiscal¹¹ señala que el interés de la justicia busca terminar con la impunidad, contribuir con la prevención y garantizar el respeto y aplicación de la justicia internacional, teniendo en cuenta el umbral de gravedad, el interés de las víctimas y las circunstancias del caso en particular, tales como el papel

⁸ Megumi Ochi, *Gravity threshold before the International Criminal Court: An Overview of the Court's Practice*, International Crimes Database, 2016, p. 2, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20160111T115040-Ochi%20ICD%20Format.pdf>.

⁹ *Ibidem*, p. 13.

¹⁰ *Ibidem*, p. 16.

¹¹ Oficina del Fiscal, “Policy Paper on the Interests of Justice”, 2007, p. 4, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICOTPIInterestsOfJustice.pdf>.

del acusado en el crimen, la edad, el estado de su salud, si ha sido objeto de violaciones a derechos humanos, su nivel de responsabilidad, entre otros.

III. MÉXICO Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

De acuerdo con el Anexo II del Acta Final de la Conferencia de Roma,¹² México se vió involucrado en el establecimiento de una Corte Penal Internacional desde su creación, pues participó en la Conferencia de Roma en 1998. Posteriormente, como ha quedado señalado al inicio de este artículo, se firmó el Estatuto de Roma el 7 de septiembre del 2000; lo depositó el 28 de octubre de 2005 y entró en vigor el 1 de enero del 2006.¹³ Lo anterior delimita la jurisdicción temporal de la CPI, toda vez que ésta no tiene jurisdicción de forma retroactiva y sólo podrá conocer de crímenes cometidos en México o por mexicanos a partir de la entrada en vigor en 2006.

México estableció una reserva encubierta en el artículo 21 constitucional, que vulnera el Derecho Penal Internacional y atenta contra el objetivo del Estatuto de Roma, que, además de cuestionar la facultad otorgada al Senado, rompe con lo contenido en el tema de reservas durante la celebración del tratado, previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).¹⁴ El 20 de junio de 2005 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el “Decreto por el que se adiciona el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”,¹⁵ a través del cual se contempla la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, indicando lo siguiente: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”.

Esta condición no significa una aceptación absoluta de la jurisdicción de la Corte, ni un reconocimiento liso y llano, toda vez que la jurisdicción está limitada a un análisis casuístico realizado por el Senado. Con esta

¹² ONU, *op. cit.*

¹³ Gabriel Santos Villarreal, “La Corte Penal Internacional”, Cámara de Diputados, Centro de Documentación, Información y Análisis, 2010, pp. 13-14, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-10-10.pdf>.

¹⁴ *Cfr.* Artículos 19-21 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

¹⁵ Cámara de Diputados, “Decreto por el que se adiciona el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Proceso legislativo”, 2005, *Diario Oficial de la Federación*.

reserva interna, México vulnera algunos principios de política exterior, el Estatuto de Roma y el Derecho Penal Internacional.

Dentro de los principios vulnerados, se encuentra el principio de cooperación internacional para el desarrollo y el principio de la lucha por la paz y seguridad internacional, pues la condición interpuesta por México obstaculiza la intervención de la Corte para conocer de crímenes que son trascendentes en la arena internacional, aun cuando ratificó el Tratado por el cual reconoce su competencia.

Asimismo, la vaga condición establecida por México en su norma fundamental refleja desconfianza en la CPI y en el sistema de complementariedad. Además de que atenta contra el Derecho Penal Internacional y el principal objetivo del Estatuto de Roma, el cual, según se lee en el párrafo 4 del Preámbulo, consiste en “adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que [los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional] sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.

En relación con lo anterior, hay tres aspectos a considerar respecto a la incorporación del Estatuto de la CPI en la legislación mexicana. En primer lugar, se puede afirmar que la condición impuesta en el artículo 21 constitucional atenta contra el objetivo del Estatuto, toda vez que la decisión queda sujeta a un órgano legislativo que usualmente está sujeto a consignas políticas o a la decisión del gobernante en turno. Además de que la Constitución mexicana no contempla algún mecanismo para cuestionar esta decisión, ni menciona las reglas a las que el Senado deberá someterse para reconocer la jurisdicción de la CPI. Lo anterior, facilita que el Senado no apruebe el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI por distintos motivos, aunque éstos vayan en contra del interés social.

En segundo lugar, y de acuerdo con Carsten Stahn, quien define el derecho penal internacional como aquel que “regula los derechos, la responsabilidad de las personas, y los mecanismos diseñados para promover la responsabilidad penal del individuo por las violaciones del derecho internacional”;¹⁶ al establecer la condición del artículo 21 constitucional, México obstaculiza la labor de los mecanismos diseñados por la Corte, aun cuando, en ejercicio de su soberanía, se sometió voluntariamente a ellos.

Por otro lado, el Proceso Legislativo del artículo 21 constitucional señala que se le concedió al Senado esta facultad pues es garante de la política

¹⁶ Carsten Stahn, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 2019, p. 8.

exterior. Sin embargo, cabe cuestionar si el Senado se regirá por consignas políticas del gobierno en turno, ya que es una instancia política conformada por representantes elegidos mediante el voto (64 mayoría relativa, 32 primera minoría y 32 por representación proporcional) y cuyas decisiones, al no ser una instancia legal, se ven influenciadas por diversas circunstancias políticas, sociales y económicas.

Igualmente se debe cuestionar, ¿por qué el poder legislativo está siendo facultado para realizar una actividad conferida al poder judicial (artículo 104, fracción II)? Pues a pesar de que el artículo 76, fracción XIV constitucional en relación con el artículo 21 constitucional, atribuye al Senado la facultad para reconocer la competencia de la Corte, el Senado no tiene las herramientas para determinar si el caso debería proceder ante la CPI, toda vez que no está facultado para investigar, ni perseguir delitos (facultad del Ministerio Público en México). Lo anterior es contrario al objetivo del derecho penal, en tanto permite que la decisión se tome con base en razonamientos políticos en vez de jurídicos o legales.

De igual manera, cabe preguntarse, ¿por qué el Estado mexicano está creando una reserva a nivel interno, a pesar de que el Estatuto de Roma lo prohíbe expresamente en su artículo 120? Al establecer esta reserva, el Estado mexicano atenta contra el principio de derecho internacional *Pacta sunt servanda*, el cual significa que lo pactado debe de cumplirse; y si México aceptó la jurisdicción de la CPI, debe hacerlo de manera lisa y llana, sin interponer ninguna condición que exceda los requisitos jurisdiccionales y de admisibilidad establecidos en el mismo Estatuto.

Respecto al tema de la soberanía del Estado mexicano, el respeto a ésta fue una de las principales preocupaciones que despertó el reconocimiento de la competencia del Estatuto de Roma de la CPI.

En ese sentido, cabe destacar que México, en ejercicio de su soberanía y como una nación independiente, firmó, depositó y ratificó el Estatuto de Roma de la CPI de forma voluntaria. Siendo así, someterse al Estatuto de Roma es reflejo del ejercicio de la soberanía del Estado mexicano, pues según dispone el artículo 89, fracción XX constitucional, el Presidente de México tiene, entre otras facultades, la de dirigir la política exterior y la de celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado y bajo la conducción de la política exterior que deberá regirse bajo los principios normativos de la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la

protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.¹⁷

Es importante destacar que el Estatuto de Roma señala en el párrafo sexto del Preámbulo lo siguiente: “Es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”; quedando claro que se reconoce la primacía de la jurisdicción nacional sobre la jurisdicción internacional respecto a crímenes internacionales. Esto nos lleva a concluir que se respeta la soberanía del Estado mexicano, pues la jurisdicción penal nacional no es invadida por la CPI, ya que ésta tiene una jurisdicción material limitada al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

En esa misma tesitura, el Estatuto de Roma establece condiciones de admisibilidad para que la Corte pueda investigar un asunto y establece un sistema de complementariedad que refuerza la primacía de la jurisdicción nacional y el respeto a la soberanía de cada Estado. Estas condiciones aseguran que la Corte no intervenga como si fuera un tribunal primario y asegura el cumplimiento del sistema de complementariedad.

De acuerdo con la CPI, para respetar la jurisdicción nacional, el Fiscal debe cumplir con los siguientes pasos:¹⁸

1. Revisar la jurisdicción material, temporal y territorial o personal de la Corte.
2. Que no se actualice ningún supuesto de inadmisibilidad.
3. Cerciorarse de que el caso cumpla con el umbral de gravedad.
4. Que la investigación va a servir al interés de la justicia y de las víctimas.

Sin embargo, si se actualiza algún supuesto de inadmisibilidad, por ejemplo, que ya se esté realizando alguna investigación a nivel nacional, la competencia de la Corte quedará excluida, pues ésta no suple a las cortes nacionales, las complementa.

Al respecto, se puede afirmar que se respeta la soberanía del Estado mexicano, pues la CPI es una instancia secundaria que sólo se activa cuando se configuran las condiciones establecidas en el Estatuto de Roma, mismas que México aceptó al ratificar el Tratado, el cual, como ya se mencionó

¹⁷ Artículo 89 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>.

¹⁸ Artículo 17 del Estatuto de la CPI.

previamente, fue firmado de forma voluntaria en ejercicio de la soberanía del Estado y por eso forma parte de las obligaciones del Estado mexicano.

Otra preocupación resultante del reconocimiento de la CPI es la imposición de las penas, pues el Estatuto contempla en su artículo 77: la reclusión por máximo 30 años; o la reclusión a perpetuidad; así como multas o decomisos.

La Constitución mexicana señala en el artículo 21 que la imposición de penas, modificación y duración son exclusivas de la autoridad judicial; y, en el artículo 22 señala que las penas deben ser proporcionales al delito que sancionan y al bien jurídico tutelado. Siendo así, la imposición de la reclusión a perpetuidad despierta ciertas inquietudes. Al respecto, el artículo 80 del Estatuto de Roma señala que: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”.

Con lo cual se deja en evidencia que el Estatuto de Roma contempla el hecho de las penas prescritas en el Estatuto que no existan en la legislación de los Estados, y a su vez, el respeto a la soberanía del Estado y de la legislación nacional.

Otra inquietud es si la CPI constituye una tercera instancia o una corte superior a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Por un lado, el artículo 23 constitucional señala que ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias; siendo así, la CPI no funciona como una tercera instancia, sino como una sede complementaria que se activa en caso de que el Estado no pueda realizar la investigación o enjuiciamiento, o bien, no demuestre la voluntad de hacerlo. Por otro lado, la CPI no es una Corte superior a la Suprema Corte, sino que funciona de forma complementaria y excepcionalmente, busca garantizar el derecho de acceso a la justicia.

Cabe puntualizar que, en ejercicio de la soberanía de cada Estado, México podrá denunciar el Tratado, pues el Estatuto contempla el proceso de denuncia en el artículo 127, señalando que el Estado denunciará a través de una notificación escrita que surtirá efectos un año después de recibida. La posibilidad de denunciar el Tratado deja en evidencia que México puede, en ejercicio de su soberanía, desconocer la jurisdicción de la Corte en cualquier momento.¹⁹

Los puntos por los cuales México debería aceptar la jurisdicción plena de la CPI sin condicionarla de acuerdo al artículo 21 constitucional, es en principio por el procedimiento que se realizó para su creación, pues como

¹⁹ Artículo 89, fracción X de la CPEUM.

se explicó en el apartado de antecedentes, la Corte fue resultado de una labor conjunta de la comunidad internacional donde se establecieron previamente las normas sustantivas y adjetivas del Estatuto, en el cual participó México.

Esto resulta beneficioso pues, a diferencia de otros Tribunales Internacionales, la CPI es resultado de un análisis detenido donde participó la comunidad internacional, incluido México, quienes en conjunto optaron por la creación de esta Corte, misma que es resultado de un Tratado Internacional y no es una Corte creada unilateralmente por un organismo.

Es importante considerar que la CPI no es competente de manera retroactiva, pues históricamente, al igual que diversos Tribunales Internacionales instituidos en el pasado, ha sido creada después de la comisión de los hechos controvertidos. Sin embargo, la CPI tiene una jurisdicción temporal delimitada y en ningún momento es retroactiva. Tampoco es una Corte primaria, lo que significa que no excluye la jurisdicción nacional sobre los crímenes internacionales y asegura que la Corte no esté saturada de trabajo, garantizando así, el respeto a la soberanía de los Estados, la eficiencia de su labor y que la Corte sólo conozca de casos que sean lo suficientemente graves, pues en principio, los Estados serán los responsables de conocer estos delitos.

Asimismo, el Estatuto de Roma reconoce derechos de las personas durante la investigación (artículo 55), derechos del acusado (artículo 67) y garantiza la protección de las víctimas y los testigos (artículo 68), mismos que van en sintonía con las normas de derecho nacional. Esto se complementa con los principios generales de derecho reconocidos en este mismo Estatuto, los cuales son eje rector del derecho jurídico mexicano, tales como *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, *irretroactividad ratione personae* y presunción de inocencia. Lo anterior permite una aplicación armónica de las normas de derecho nacional, con las contempladas en el Tratado Internacional.

Siendo así, México debe reconocer de manera lisa y llana la competencia de la Corte, pues esto permite la cooperación con la comunidad internacional y asegura la responsabilidad penal del individuo, lo que puede interpretarse como una extensión al derecho de acceso a la justicia, el cual, excepcionalmente, podrá exigirse a través de esta vía. Toda vez que la CPI tiene competencia sobre personas naturales y no sobre los Estados. Es decir, las penas dictadas por la Corte se aplicarán individualmente a quien cometa un crimen internacional dependiendo de su grado de participación en el crimen (artículo 25), lo cual funge como una herramienta para combatir la impunidad.

Recapitulando, el reconocimiento de la CPI significa ser partícipe del esfuerzo de la comunidad internacional para asegurar la responsabilidad del

individuo y tomar las medidas necesarias para que los crímenes más graves no queden impunes. Asimismo, refleja el esfuerzo de la Nación por asegurar el respeto a los derechos humanos y contemplar una instancia complementaria, que excepcionalmente, servirá para garantizar el acceso a la justicia. Sin embargo, con la condición estipulada en el artículo 21 constitucional, estos beneficios se ven limitados a la decisión del Senado.

IV. ESTUDIO JURÍDICO COMPARATIVO DE LAS CONSTITUCIONES Y LA ADOPCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Para este estudio jurídico comparativo, se revisaron 123 Constituciones o su equivalente, de los distintos Estados Parte del Estatuto de la CPI, para conocer si al incorporar éste al orden jurídico nacional, han legislado sobre condiciones u otras figuras jurídicas que pudieran frenar el acceso a la jurisdicción de la CPI. El objetivo es lograr un estudio de derecho comparado, respecto del caso mexicano y el artículo 21 constitucional, para dar evidencia de la existencia o no, de alguna mención específica de la CPI o de la jurisdicción de tribunales internacionales, con el fin de establecer o probar que ésta, es inusual y limita el objetivo del Estatuto de Roma.

A continuación se presenta una tabla comparativa sólo de aquellos estados donde se encontró referencia a la aceptación de sanciones y o tribunales del orden internacional,* en los términos siguientes:

Alemania	Artículo 16. [Nacionalidad, extradición] (1) Nadie podrá ser privado de la nacionalidad alemana. La pérdida de la nacionalidad sólo podrá producirse en virtud de una ley, y contra la voluntad del afectado únicamente cuando éste no se convierta por ello en apátrida. (2) Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. Por ley se podrá adoptar una regulación divergente para extradiciones a un Estado miembro de la Unión Europea o a un <i>Tribunal internacional, siempre que se respeten los principios del Estado de Derecho.</i>²⁰

* En la elaboración de este apartado colaboró Ricardo Antonio Garcés Rodríguez, estudiante de Derecho del Tecnológico de Monterrey Campus Ciudad de México. (Metodología y traducciones de la autora).

²⁰ Artículo 16. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

Bangladesh	[(3) Notwithstanding anything contained in this Constitution, <i>no law nor any provision thereof providing for detention, prosecution or punishment of any person, who is a member of any armed or defence or auxiliary forces [or any individual, group of individuals or organization] or who is a prisoner of war, for genocide, crimes against humanity or war crimes and other crimes under international law shall be deemed void or unlawful, or ever to have become void or unlawful, on the ground that such law or provision of any such law is inconsistent with, or repugnant to, any of the provisions of this Constitution</i>]. ²¹
Burundi	Article 50: The right to asylum is recognized within the conditions defined by the law. Extradition is not authorized except within the limits provisioned by the law. No Burundi citizen may be extradited abroad <i>unless he or she is pursued by an international criminal jurisdiction for crimes of genocide, war or other crimes against humanity</i> . ²²
Chile	Vigésimo cuarta. El Estado de Chile <i>podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma</i> , el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte. ²³
Colombia	Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. <i>El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma</i> adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él. ²⁴

²¹ “Part III, Fundamental Rights, Saving for certain laws, 47 (3)”, Constitución de la República de Bangladesh, <http://bdlaws.minlaw.gov.bd/act-details-367.html>.

²² Artículo 50, Constitución de Burundi, https://www.constituteproject.org/constitution/Burundi_2005.pdf?lang=en.

²³ Disposiciones transitorias, Constitución Política de la República Chilena, https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf.

²⁴ Artículo 93, Constitución Política de Colombia, <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>.

Francia	Article 53-2: The Republic <i>may recognize the jurisdiction of the International Criminal Court as provided for by the Treaty signed on 18 July 1998.</i> (Artículo 53-2: La República podrá reconocer la competencia de la Corte Penal Internacional conforme a lo dispuesto en el Tratado firmado el 18 de julio de 1998). ²⁵
Guyana	Article 39.2: In the interpretation of the fundamental rights provisions in this Constitution a court <i>shall pay due regard to international law, international conventions, covenants and charters bearing on human rights.</i> ²⁶
Honduras	Únicamente hacen mención en el artículo 9 de la Corte Internacional de Justicia mas no de la CPI. ²⁷
Maldivas	Article 59 (a) No person shall be found guilty of any act or omission which did not constitute an offence under Islamic Shari'ah or law at the time committed. Nor shall a more severe penalty be imposed than the one applicable at the time the offence was committed. If the punishment for an offence has been reduced between the time of commission and the time of sentencing, the accused is entitled to the benefit of the lesser punishment. (b) <i>This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act which was criminal according to international law.</i> ²⁸
Timor Oriental (Timor-Leste)	Section 160 (Serious Crimes) <i>Acts committed between the 25 of April 1974 and the 31 of December 1999 that can be considered crimes against humanity of genocide or of war shall be liable to criminal proceedings with the national or international courts.</i> ²⁹

De los Estados analizados, sólo 10 se refieren expresamente a la jurisdicción y o sanciones u obligatoriedad de normas del derecho internacional. La mayor parte de los Estados del Estatuto de Roma no hace referencia específica a la Corte Penal Internacional dentro de sus constituciones; sin embargo, Estados como Chile, Colombia y Francia, sí reconocen explícitamente la competencia de la Corte, haciendo referencia a las condiciones establecidas en el Estatuto de Roma, pero sin establecer una condición adicional o un requisito pre-

²⁵ Artículo 53-2, Constitución de Francia, https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en.

²⁶ Artículo 39.2, Constitución de la República Cooperativa de Guyana, <http://parliament.gov.gy/constitution.pdf>.

²⁷ Constitución Política de Honduras, 1982, Honduras, TSC, https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Constitucion_de_la_republica.pdf.

²⁸ Artículo 59, Constitución de Maldivas, <https://storage.googleapis.com/presidency.gov.mv/Documents/ConstitutionOfMaldives.pdf>.

²⁹ “Section 160, Serious Crimes”, Constitución de la República Democrática de Timor Oriental, http://www.timor-leste.gov.tl/wp-content/uploads/2010/03/Constitution_RDTL_ENG.pdf.

vio para su cumplimiento, como lo hace México. Las que no le contemplan, mantienen la posibilidad de otros tribunales.

Por su parte, Alemania considera la posibilidad de adoptar una regulación divergente para extradiciones a un Tribunal internacional; y Burundi y las Maldivas contemplan el juicio y sanción en caso de crímenes internacionales. Asimismo, Timor Oriental contempla la jurisdicción temporal de Cortes internacionales para crímenes en contra de la humanidad, genocidio y de guerra.

Otros Estados Parte, que no hacen referencia alguna a la CPI en sus normas supremas, hacen hincapié en la obligatoriedad de los Tratados Internacionales y la cooperación internacional. Por ejemplo, la constitución de Bangladesh remarca la cooperación internacional contra el colonialismo, imperialismo o *racialism*; y la constitución de Guyana establece que al interpretar derechos fundamentales, las Cortes deben contemplar el derecho internacional, tratados internacionales, pactos y estatutos relacionados con los derechos humanos.

Por otro lado, hay países como Nueva Zelanda, que no tiene una Constitución positiva; o como Australia, cuya Constitución señala que en materia criminal, de carretas o educativa, las leyes de los Estados tienen primacía sobre aquellas expedidas por el Common Wealth Parliament. A pesar de lo anterior, según dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, al ratificar, aceptar, aprobar o adherirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los Estados Parte hacen constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse a éste y no podrán invocar las disposiciones de derecho nacional como justificación para incumplir un tratado.³⁰

Siendo así, el caso de México es particular y no tiene algún precedente o paralelismo con otros Estados miembros de la CPI u otros tribunales internacionales, pues no se limita a remitir a las reglas de admisibilidad establecidas en el Estatuto de Roma y que el Estado mexicano aceptó al ratificar el Tratado, sino que establece una condición adicional que ni siquiera está regulada en la legislación nacional y que va contra lo dispuesto en el artículo 120 del Estatuto de Roma.

Como forma de exclusión de la jurisdicción internacional, en el caso de este Estatuto, cabe señalar que diversos Estados regulan el fuero parlamentario o fuero político. De la misma manera, también puede excluirlos de la jurisdicción de la CPI y otros tribunales internacionales, generando excep-

³⁰ Artículo 2.b y artículo 26, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

ciones a la aplicación de normas del derecho internacional público, como puede verse a continuación en esta otra muestra comparativa:

México	Artículo 111. Para <i>proceder penalmente contra</i> los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, así como el consejero Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, <i>por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado.</i> Si la resolución de la Cámara fuese negativa se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación. Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley. Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable.³¹
Côte d'Ivoire (Costa de Marfil)	Article 68: During the term of the sessions, <i>no member of Parliament can be prosecuted or arrested in a criminal or correctional matter without the authorization of the National Assembly</i>, except in a case of flagrante delicto. No Deputy can, out of session, be arrested without the authorization of the Bureau of the National Assembly except in cases of flagrante delicto, authorized prosecutions or definitive condemnations. The detention or the prosecution of a member of Parliament is suspended if the National Assembly requires it. Article 93: <i>No member of the Constitutional Council can be, during the term of his mandate, prosecuted, arrested, detained or judged in a criminal or correctional matter without the authorization of the Council.</i>³²
Dijiboutu	Article 50: <i>The members of the National Assembly enjoy parliamentary immunity.</i> No Deputy may be prosecuted, investigated, arrested, detained or judged for reason of the opinions or votes emitted by him in the exercise of his functions.

³¹ Artículo 111, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_201219.pdf.

³² Artículo 68 y 93, Constitución de Costa de Marfil, https://www.constituteproject.org/constitution/Cote_DIvoire_2000.pdf?lang=en.

Djiboutu	No Deputy may, during the time of the sessions, be prosecuted or arrested, in a criminal or correctional matter except in the case of flagrante delicto, without the authorization of the National Assembly. No Deputy may, outside the sessions, be arrested without the authorization of the Bureau of the National Assembly, except in the case of flagrante delicto, of authorized prosecution or of definitive condemnation. The detention or the prosecution of a Deputy is suspended if the National Assembly requires it.³³
Nambia	Article 31: Immunity from Civil and Criminal Proceedings. No person holding the office of President or performing the functions of President may be sued in any civil proceedings save where such proceedings concern an act done in his or her official capacity as President. <i>No person holding the office of President shall be charged with any criminal offence or be amenable to the criminal jurisdiction of any Court in respect of any act allegedly performed, or any omission to perform any act, during his or her tenure of office as President.</i> <i>After a President has vacated that office:</i> (a) no Court may entertain any action against him or her in any civil proceedings in respect of any act done in his or her official capacity as President; (b) a civil or criminal Court shall only have jurisdiction to entertain proceedings against him or her, in respect of acts of commission or omission alleged to have been perpetrated in his or her personal capacity whilst holding office as President, if Parliament by resolution has removed the President on the grounds specified in this Constitution and if a resolution is adopted by Parliament resolving that any such proceedings are justified in the public interest notwithstanding any damage such proceedings might cause to the dignity of the office of President.³⁴

El fuero puede parecer amenazado al reconocer la jurisdicción de la CPI pues no hay una regulación que puntualice cómo se debe enfrentar dicho caso. Sin embargo, en virtud de la primacía de la jurisdicción nacional, podemos afirmar que es responsabilidad del Estado mexicano realizar la declaración de procedencia y, en su caso, celebrar el juicio político según disponen las leyes mexicanas.

Este escenario permite que se actualice una causal de inadmisibilidad, toda vez que el Estatuto de Roma contempla en su artículo 17 que el caso será inadmisibile ante la Corte Penal Internacional si las autoridades nacio-

³³ Artículo 50, Constitución de Djiboutu, https://www.constituteproject.org/constitution/Djibouti_2010.pdf?lang=en.

³⁴ Artículo 31, Constitución de Nambia, https://www.gov.na/documents/10181/14134/Namibia_Constitution.pdf/37b70b76-c15c-45d4-9095-b25d8b8aa0fb.

nales del Estado ya están investigando o realizando un juicio, o bien, si el asunto ya se investigó y se determinó no enjuiciar al individuo. De esta forma, se respeta la jurisdicción nacional y las leyes nacionales.

V. CONCLUSIÓN

La condición establecida en el artículo 21 constitucional es cuestionable, pues el reconocimiento de la CPI queda sujeto a una instancia política que se ve influenciada por las circunstancias políticas, sociales y económicas del país, además de que el Senado no tiene las facultades para conocer de un caso penal, y mucho menos tendrá la capacidad de determinar si éste debería ir o no a la CPI. Asimismo, la condición resulta innecesaria, toda vez que la CPI contempla un sistema de complementariedad que limita la actuación de la Corte.

Se atenta contra el principio de *Pacta sunt servanda*, de los pactos deben cumplirse, sobre la obligatoriedad del cumplimiento del Estatuto de Roma de la CPI.

De igual forma, con la condición establecida en el artículo 21 constitucional, México vulnera el objetivo del Estatuto de Roma, así como el principio de cooperación internacional para el desarrollo, el principio de la lucha por la paz y seguridad internacional y el derecho penal internacional. Además de que al establecer dicha condición, se limitan los beneficios que conlleva reconocer plenamente la jurisdicción de la Corte.

De lo anterior se desprende la necesidad de que los tratados y en particular el Estatuto de Roma de la CPI se cumpla a cabalidad y, en todo caso, considerar que la posición del Estado en el momento de la celebración de tratados, puede siempre que el objeto del mismo lo permita, realizar reservas, pero no disfrazarlas mediante mecanismos de derecho interno.

Finalmente, cabe agregar que la soberanía mexicana no se pierde, ni se vulnera con el reconocimiento de la competencia de la Corte Penal Internacional, pues el Estatuto de Roma contempla distintos mecanismos para asegurar el respeto a la soberanía de los Estados y el Estado mexicano se somete voluntariamente ante el Tratado, reconociendo lo dispuesto en éste como una obligación que busca impulsar la cooperación con la comunidad internacional, asegurar la responsabilidad penal del individuo y garantizar la protección de derechos humanos. Los tratados deben incorporarse a la legislación para enriquecerla y no para impedir que se cumplan.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Monografías

- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*, México, UNAM, 2017.
- OCHI, Megumi, *Gravity threshold before the International Criminal Court: An Overview of the Court's Practice*, International Crimes Database, 2016, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20160111T115040-Ochi%20ICD%20Format.pdf>.
- SANTOS VILLARREAL, Gabriel, “La Corte Penal Internacional”, Cámara de Diputados, Centro de Documentación, Información y Análisis, 2010, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-10-10.pdf>.
- SEILS, Paul, *Handbook on Complementarity. An Introduction to the Role of National Courts and the ICC in Prosecuting International Crimes*, Nueva York, Centro Internacional de Justicia Transicional, 2016, https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf.
- STAHN, Carsten, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 2019.

EL ALCANCE DE LOS TRATADOS A LA LUZ DE LOS GOBIERNOS SUBNACIONALES

Fausto KUBLI GARCÍA
Ulises RUIZ-LOPART ESPINOSA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Orígenes del Estado federal*. III. *El Estado federal y los tratados internacionales*. IV. *Obligaciones internacionales*. V. *Caso de estudio*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 no contempla directamente su relación con los gobiernos subnacionales, por cuanto se refiere a las reglas de aplicación de los tratados entre Estados y no a lo que hacen con estos los gobiernos. De hecho, la aplicación de un tratado en su adopción o proceso de incorporación interna, interesa más bien al derecho interno y sólo cuando el Estado se encuentra en incumplimiento de sus obligaciones internacionales es que, a partir del derecho internacional, se busca identificar violaciones a normas internacionales, en virtud de un tratado.

El esfuerzo realizado en este estudio tiene la intención de desentrañar la actuación de los sistemas federales en su relación con los tratados internacionales.

Dentro de las relaciones internacionales persiste una discusión sobre la trascendencia del derecho internacional en la órbita de los gobiernos subnacionales. A pesar de la definición de este fenómeno en distintos tratados internacionales, hay resistencia hacia acatar obligaciones contraídas por un Estado federado en virtud de la celebración de un tratado y que emanan precisamente de la composición federal del Estado en cuestión.

En un Estado federado coexisten varias entidades estatales, las cuales han trasladado su estatus jurídico internacional al Estado central. Así, la representación y el ejercicio de la política exterior se concentran en el jefe de Estado, que por lo general es el presidente de la república o el rey en el caso de las monarquías. La capacidad de fijar obligaciones internacionales —y por ende, de participar en negociaciones— se conoce como *ius tractati*. Aún cuando concentrada en el poder estatal central, los efectos de esta facultad conciernen a todos los componentes del Estado federado; incluyendo, por supuesto, a los gobiernos subnacionales. Esto es, las obligaciones contraídas afectan a todas las entidades federativas y deben cumplirse de buena fe por las partes del Estado. Al respecto, el artículo 26 de la CVDT recoge el adagio latino *Pacta sunt servanda*, es decir, que todo tratado en vigor obliga a las partes que lo firman y, añade, su cumplimiento debe ser de buena fe.

El presente análisis pretende, pues, explorar las implicaciones prácticas de este fenómeno, a la luz de las fórmulas y obligaciones internacionales que rigen su alcance; con especial referencia a aquellas disposiciones de la CVDT que han sido el marco jurídico iniciático en el desarrollo e interpretación de los acuerdos internacionales celebrados entre Estados. Dicho de otra manera, esta propuesta se enfoca en la transgresión al orden jurídico internacional, específicamente a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Existen muchos ejemplos de cómo un Estado puede transgredir compromisos internacionales cuando desde una órbita subnacional —local e incluso municipal— se asumen medidas contrarias a los compromisos adquiridos.

Para ilustrar correctamente esta propuesta, nos remontamos a los orígenes de las instituciones del federalismo, haciendo un recorrido por su funcionamiento y sus rasgos más característicos. Ello con el fin de ofrecer al lector una exposición sólida de como habrá de estructurarse un Estado federado; que enriquezca y facilite el posterior análisis de su desempeño como sujeto de derecho internacional. Tampoco hay que dejar de señalar que las formas que esta institución puede asumir serán variadas según la distribución de competencias y la relación que guarden constitucionalmente los Estados centrales con las entidades federativas.

Por otro lado, desde un punto de vista práctico, se incorporan algunos casos en los que las obligaciones internacionales de un Estado federado son cuestionadas desde el ámbito subnacional. Al conjugar componentes prácticos al igual que teóricos, la presente investigación tiene como objetivo acercar al lector a un nivel de comprensión más amplio.

II. ORÍGENES DEL ESTADO FEDERAL

La palabra *Federación* surge del latín *foedus*, que significa pacto, alianza, acuerdo. En la antigua Roma hubo tres grandes etapas: la Monarquía, la República y el Imperio. Durante más de mil años, la expansión romana fue territorial y, por supuesto, cultural y también jurídica. Gran parte de la ampliación y hegemonía romana fue en virtud de los *foedus* que llevaban a cabo con alguna ciudad, tribu, pueblo, villa, aldea y nación. Establecer alianza con Roma a través del *foedus*, implicaba tener un mayor estatus en relación con los que no tenían dicha asociación, ya que disminuían o desaparecían algunos impuestos, por otro lado, eran protegidos de los romanos, entre otras ventajas:

El *status* de *civitas foederata* significaba una autonomía de gobierno respecto a la gestión del gobernador principal, si bien el pacto estipulaba algunas obligaciones para la ciudad, como el deber de contribuir con tropas y servicios navales a la República cuando ésta así lo requiriera, y dar albergue tanto a los magistrados como a los cuerpos militares de Roma si ello viniese al caso. La mayor ventaja que proporcionaba el *foedus* era la exención del pago del tributo anual, al que pronto estuvieron obligadas la gran mayoría de las ciudades de Hispania.¹

De esta manera, se fue asociando la idea del concepto *federación* con alianza entre pequeñas unidades políticas.² Asimismo existió, por un lado, el *foedus aequum*, el cual se traducía en un tratado o alianza que se caracterizó por ser defensiva, esto es, que los Estados pactaban su protección recíproca en tanto fueren agredidas, siempre y cuando la hostilidad no hubiese sido iniciada por alguna de las partes. En este supuesto, las partes no perdían la capacidad de iniciar guerras o de concertar la paz, llamado esto el *ius belli et pacis*.³ Por otro lado, estaba el *foedus inicum*, el cual también era una asociación defensiva hecha con Roma, en la que la parte que se adhería perdía el *ius belli et pacis*.⁴

¹ Joaquín Muñiz Coello, "Aspectos sociales y económicos de Malaca romana", *Habis*, núm. 6, Sevilla, 1975, pp. 241-252.

² Pierangelo Catalano, "Linee del Sistema Sovrannazionale Romano", *Memorie d'Istituto Giuridico. Università di Torino*, Torino, Italia, G. Giappichelli, serie II, memoria CXIX, 1965, p. 318. En esta obra, elabora un cuadro muy completo del *foedus Latinum*, la Confederación Latina. Véase la reseña de la obra anterior: Miguel Luban, "CATALANO, Pierangelo. Linee del sistema sovrannazionale romano", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 55, México, enero-abril de 1966.

³ Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, *Diccionario de Derecho Romano*, 4a. ed., España, Reus, 1995, pp. 254-256.

⁴ *Idem*.

Finalmente, y a pesar de la raíz etimológica, este término no corresponde al concepto actual de federación, que si bien también consiste en hacer un pacto, no tenía por objeto primordial constituir un estado supranacional, tal y como sucede en la actualidad.

Otro referente importante y obligado sobre la evolución del federalismo es la Confederación Helvética, hoy también conocida como Suiza.⁵ En el año de 1291, las comunidades alpinas, Uri, Unterwalden y Schwyz (que compartían el paso de Gotthard, considerado una ruta de tránsito y de comunicación entre el Imperio Alemán y Roma) decidieron firmar una declaración de unión. Bajo un acta solemne —con la intención de apoyarse mutuamente en contra de la hostilidad (sobre todo de los Habsburgo)—, pactaron establecer lazos importantes y de ayuda recíproca, con lo que el federalismo suizo derivó en sus inicios de una especie de tratado de asistencia recíproca entre los tres valles:

1291 en el nombre de Dios-Amén. Honor y el bien público son promovidos cuando las ligas han concluido establecerse apropiadamente para la paz y la tranquilidad. Consecuentemente, sabido por todos los hombres, que el pueblo del Valle de Uri, la democracia del Valle de Schwyz, y la comunidad del Valle bajo de Unterwalden, tomando en cuenta la malicia de esta era, con la intención de poder defenderse mutuamente, así como lo suyo, y preservar de mejor forma su apropiada condición, han prometido de buena fe asistirse unos a otros con ayuda, con cualquier consejo y cualquier favor, con personas y bienes, dentro y fuera de los valles, con poder e importancia, en contra de uno o todos los que causen a cualquiera cualquier violencia, molestia o daño, o puedan conspirar en contra de personas o bienes.⁶

Tiempo después, durante el siglo XVI, dentro del periodo de la llamada Reforma Protestante, los cantones suizos sufrieron la misma división religiosa que el resto de Europa. La Iglesia católica fragmentada por Lutero y Calvino, dividió políticamente a la región. Sin embargo, para la Confederación suiza significó llevar a la práctica una de las razones fundamentales del federalismo: la unión a pesar de la diferencia, o como también se suele decir, la unidad dentro de la diversidad. Fue durante los siglos XVII y XVIII que Suiza, inmersa en la solución de conflictos derivados entre cantones de influencia católica con los de corte reformista, se aisló del resto de las crisis que predominaban en Europa, lo que propició que se consolidara cada vez más su

⁵ Un muy viejo, pero excelente ensayo sobre la historia suiza se encuentra en Hugh Gibson, “Switzerland position in Europe”, *Foreign Affairs*, vol. 4, núm. 1, octubre de 1925.

⁶ Pacto federal de 1291. Traducción del inglés del autor.

federalismo y se le reconociera como una región neutra y pacífica, aunado a su creciente fortaleza económica.⁷

Cabe subrayar que la alianza dada por los primeros tres cantones, la cual se fue incrementando, no se vislumbraba como una asociación para fundar un país. Esto es, que también el significado y alcance de la expresión “federación” no tenía la connotación que tiene en la actualidad. Sin embargo, el periodo fundacional del Estado federal suizo fue a mediados del siglo XIX, exactamente en 1848. Cuando promulgaron su Constitución ya entonces 22 cantones, crearon con ello un Estado formal regido por una asamblea federal bicameral y un gobierno de siete ministros con una presidencia rotativa de un año. Sin duda hubo comparación con la joven y creciente nación federal, fundada en décadas anteriores, Estados Unidos de América, a la cual nos referiremos más adelante.

Adicionalmente, en este apartado abordamos el tema de la neutralidad en las relaciones internacionales de Suiza, las cuales son el resultado del modelaje de su federalismo. La institución de la neutralidad nace como una conducta de prudencia, esto es, no pronunciarse sobre conflicto alguno, justamente para no verse envuelto en disputas ajenas. Sus orígenes se remontan a principios del siglo XVI cuando dos cantones —Basilea y Schaffhausen— se incorporaron a la Confederación bajo la condición de no involucrarse en los conflictos que había entre las poblaciones rurales y las urbanas. Ambos cantones se mantuvieron al margen de esos conflictos y, posteriormente, hicieron lo mismo con las disputas internas entre católicos y protestantes. Fue así que la neutralidad se convirtió en una política generalizada del Estado federal y que continúa ya institucionalizada en su Constitución actual bajo el concepto de “Neutralidad Suiza”.

Finalmente, por lo que respecta a Suiza, su Constitución contiene una disposición que ilustra muy bien uno de los objetivos de este ensayo. Se trata del artículo 5, párrafo 4, el cual establece que tanto el Estado federal, como los gobiernos de los cantones respetarán el derecho internacional, lo que los condiciona a guiarse por todo lo que significa el cuerpo jurídico internacional, esto es, los tratados, la jurisprudencia internacional, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y las posturas doctrinales.⁸ Sin

⁷ Dicho avance económico está confirmado por varios estudios al respecto. Un hecho real es que Juan Jacobo Rousseau, quien fue el gran ideólogo de la Revolución francesa, nació en Ginebra, Suiza.

⁸ Hay que tener presente siempre las fuentes del derecho internacional establecidas en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

embargo, este respeto establecido por el máximo ordenamiento suizo, en la parte que se refiere a los cantones debe replicarse en los demás modelos de federalismo. Es decir, que los gobiernos locales, aunque no tengan el estatus jurídico internacional de gobierno federal, deben, en todo momento, asumir como normas vinculantes las derivadas del derecho internacional. Además, el artículo 56 que se refiere a las relaciones de los Cantones con los Estados extranjeros, los faculta precisamente para celebrar tratados sobre los temas que se encuentran dentro del marco de su competencia y en tanto no entren en conflicto con los intereses de la Confederación. Sin que haya mención de si la responsabilidad de estos tratados recae en el Cantón que sea signatario de tales acuerdos, a la luz del derecho internacional, nada nos haría suponer que tal responsabilidad no corresponde a Suiza como entidad independiente y soberana, ni a cada unidad constituyente de la federación. Consecuentemente, y si fuera el caso, los problemas de implementación y de cumplimiento corresponderían también a la federación.

A pesar de que en Suiza se desarrolló casi de manera espontánea en el federalismo, adquirió su naturaleza actual a mediados del siglo XIX. Hay que destacar que 1787 fue el año en que se promulgó la Constitución de Estados Unidos y se forjó esta institución tal y como la conocemos en la actualidad. El régimen federal pasó de ser una serie de acuerdos, pactos y alianzas a ser la constitución fundacional de un nuevo Estado. Uno que muchos doctrinarios llaman supranacional o supraestatal. El esquema angloamericano fue el modelo para muchas otras naciones, sirvió como referencia a la estructura de México desde la Constitución de 1824⁹ y también de muchos otros países que optaron por “regionalizar” su estructura jurídico-política.

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.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”.

⁹ El célebre, fray Servando Teresa de Mier Noriega y Guerra, era escéptico con la idea de la federación mexicana. Sus argumentos se referían a que Nueva España al independizarse era un sólo estado, monolítico, único y no había porqué fragmentarlo y por ello vaticinaba mal agüero para la patria. Rafael Estrada Michel, “La teoría constitucional en la profecía del padre Mier sobre la Federación mexicana”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vols. XI-XII, México, 1999-2000, pp. 23-81.

El modelo federal de Estados Unidos de América

Aunque el federalismo en Estados Unidos de América se origina formalmente en la Declaración de Independencia expedida el 4 de julio de 1776; tiempo atrás había florecido ya la idea de dicho proyecto político, entre los pensadores liberales del siglo de las luces. Los ingleses que llegaron a establecerse en la región, con el tiempo fundaron las célebres trece colonias; cabe destacar que, uno de los líderes de los colonos, John Penn, en el año de 1698 había tenido la idea de unificarlas,¹⁰ aunque sin los vistos del federalismo actual. Sin embargo, la idea existió mucho tiempo antes y posteriormente evolucionó.

Un detonante de la Independencia fue la imposición fiscal a los colonos, la cual se gestó desde el Parlamento Británico y sin que existiera alguna representación de los colonos americanos que pudiera defender sus intereses. Derivado del desconocimiento político de las colonias, el conflicto creció hasta la separación y el rompimiento total con los británicos. Iniciada la gesta independentista, las colonias, y a poco más de un año de haber hecho su Declaración, promulgaron un importante documento, antecedente de su Constitución, “Los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua”, cuyo contenido y alcance no era la creación de un Estado federal, sino que solamente creaba una liga de Estados.¹¹ Esto es, algo más parecido al inicio del federalismo suizo que se analiza *supra*.

Consumada la Independencia y reconocida por la Gran Bretaña en 1783, las colonias tuvieron que organizarse y con la intención de pulir los artículos de la Confederación se reunieron en Filadelfia fuera de la agenda primaria, en tres meses y 22 días, promulgaron su actual Constitución, que con el tiempo y bajo una intensa campaña —a través del periódico *El Federalista*— fue aprobada por los Estados independientes. La Constitución de Estados Unidos de América es un documento corto de tan sólo 7 artículos y 27 enmiendas, pero que establece el funcionamiento del Estado federal, de las entidades, la división de poderes, sus atribuciones y competencias, y un catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, de la interpretación de estos preceptos se desprende todo un acervo de resoluciones judiciales que en realidad orientan el constitucionalismo angloamericano.

¹⁰ Merrill Jensen, *The Articles of Confederation*, EEUU, University of Wisconsin Press, 1966, p. 107.

¹¹ Milton Lomask, *The Spirit of 1787: The Making of Our Constitution*, Nueva York, Fawcett Juniper, 1980, p. 127.

III. EL ESTADO FEDERAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El artículo 6 de la CVDT es relevante para entender las complicaciones particulares que tendría una entidad federativa bajo el supuesto de que pueda celebrar tratados. Lo primero que hay que reconocer es que sólo los Estados y las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional, dado que la disposición en comento textualmente lo reconoce al sostener que “Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados”. Por Estado debe entenderse, de manera general, que se trata de una entidad soberana e independiente. Esto, sin embargo, puede acarrear otras dificultades si tuviera que acordarse consenso internacional y, en ese sentido, las respuestas posibles no necesariamente serán puramente legales. Por ejemplo, tanto Ucrania como Bielorrusia, en tanto fueron repúblicas dentro de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS) se convirtieron en Estados Parte de diversos tratados de las Naciones Unidas, en realidad con motivo de un pacto político y no en virtud de las reglas reconocidas y aceptadas en el Derecho de los Tratados.

En todo caso, lo que hay que reconocer es que, independiente de que un tratado se celebre a título de un gobierno, un ministerio o secretaría o cualquier otra agencia gubernamental, lo que en realidad importa al derecho internacional es que la responsabilidad de las obligaciones contraídas recae únicamente en el Estado. Por esto, es interesante que, es en realidad el Estado el único que ostenta personalidad jurídica internacional, aunque muchas constituciones confieren facultades a sus entidades federativas para celebrar acuerdos internacionales y que los efectos del tratado tengan un impacto en el derecho interno.

Algunos casos interesantes son el de Bélgica, que en su integración federal se compone —desde 1993— de tres regiones (Flandes, Walonia y Bruselas-Capital; y tres comunidades lingüísticas-francófonos, neerlandófonos y germanófonos) que tienen competencia para celebrar tratados en materia ambiental y de recursos de agua. Resulta de tales facultades la suscripción del “1994 Agreement On The Protection Of The (River) Meuse”, que fue firmado por cada una de estas regiones con Francia y los Países Bajos. Uno más fue firmado por las mismas partes, pero respecto del Scheldt (conocido como Escalda en español). Al no tener personalidad jurídica internacional, la responsabilidad frente al derecho internacional le corresponde naturalmente al Estado de Bélgica.

IV. OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Cuando nos involucramos en el tema del Derecho de los Tratados, una cuestión que no debe obviarse es preguntarnos cuál es el significado que tienen las normas que componen el texto de un tratado en tanto que los tratados internacionales vinculan. En efecto, dictar que un tratado (o cualquier otra nomenclatura que haya)¹² es creador de obligaciones internacionales nos provoca a imaginar qué implicaciones legales tiene un tratado internacional una vez que ha sido firmado, ratificado y entrado en vigor.

Sin pretender complicarnos, podemos sostener sencillamente que un tratado, al entrar en vigor, nace legalmente y comienza a producir sus efectos, que son hacer cumplir el texto que se suscribió. Esto es, ponerlo en práctica, ejecutarlo, hacerlo cumplir. Lo cierto es que una vez que el tratado ha entrado en vigor se vuelve vinculante para las partes que lo integran y en virtud del principio general de derecho, *Pacta sunt servanda*, todos los Estados Parte están obligados a cumplir el tratado de buena fe. Puesto de otra forma, el tratado se convierte en el Derecho del Estado Parte. Lo deben obedecer todos los que formen parte del tratado, pues incumplirlo se traduce en incurrir en responsabilidad internacional. Claro, a menos que puedan acogerse a alguna defensa que excluya esa responsabilidad.¹³

Así, concebimos normalmente que un tratado internacional funciona desde el primer día que entra en vigor, pero no solemos preguntarnos qué complicaciones podría tener desde ese momento o si acaso faltan algunos “detalles” para que éste se aplique con sus todas sus consecuencias e implicaciones de Derecho y pueda producir los efectos para los cuales fue creado. Entonces pueden surgir muchas preguntas interesantes y algunas las vamos a resolver.

Precisamente, en este artículo deseamos comentar lo que pasa en el derecho interno a propósito de la adopción del tratado y lo que debe tener en cuenta un Estado por haber contraído obligaciones internacionales.

Al reconocer que los tratados confieren obligaciones a los Estados, también se conceden derechos. Esto acontece particularmente cuando hablamos de convenciones que otorgan derechos a las personas, como es el caso de los

¹² En el lenguaje del derecho internacional los tratados tienen como sinónimos las voces convención, pacto, protocolo, convenios, estatutos, *inter alia*.

¹³ Algunas de ellas son las excluyentes de ilicitud respecto de la responsabilidad internacional como son los casos de fuerza mayor, el peligro extremo o el estado de necesidad; pero también las que sirven para reconocer que un tratado es inválido, bien sea por error, fraude, corrupción, coerción o estar en conflicto con una norma de *jus cogens*.

tratados de derechos humanos, pues los individuos al exigir sus derechos requieren que en el derecho interno exista la infraestructura legal para que pueda garantizarse su cumplimiento. Por eso es posible que una persona, física o moral, pueda acudir a una corte o tribunal internacional para reivindicar sus derechos, como sucede en efecto en materia de derechos humanos o cuando existe un tratado bilateral de inversión (BITs o bilateral investment treaties).

En esta tesitura, los abogados que representan los intereses de un Estado durante la negociación de un tratado internacional deben estar muy atentos de las implicaciones que puede tener éste respecto al del derecho interno; así, durante las negociaciones podrán anticipar la conveniencia y las dificultades que conllevaría comprometer al Estado con cierto tratado. De tal suerte que se pueda considerar incluso si se requiere alguna legislación adicional para armonizar ambos planos del Derecho, es decir, el interno y el internacional. Estos ajustes deberán suceder antes que el tratado entre en vigor pues de lo contrario se estará en una situación de conflicto con el Derecho internacional y esto puede guiar a la indeseable violación de sus obligaciones internacionales.

Además, es menester hacer notar que ningún tratado internacional contiene la fórmula o explica la manera en que se deben emparejar armónicamente ambos planos del Derecho al momento de la incorporación al derecho interno. Es claro que se trata de una obligación que le corresponde enteramente al Estado Parte y, por tanto, es el único que la puede hacer cumplir. Naturalmente, esto es más complicado hacerlo que decirlo, en parte se logra generando los medios idóneos, tanto de infraestructura legislativa, como de información para que todos los órganos del Estado puedan estar en consonancia y hacer que las obligaciones contraídas sean llevadas a cabo efectivamente. Por supuesto el Poder Judicial cumple un papel crucial al aplicar las normas internacionales en el sistema del derecho interno. Igualmente, los abogados locales deben exigir a las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno (cuando se trata de un Estado federado, como México) cumplir con las obligaciones internacionales del Estado.

Esta armonía de incorporación es fundamental para evitar complicaciones que devengan en la responsabilidad del Estado, como fue evidente en el arbitraje de Metalclad, donde México no logró asegurar la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones del TLCAN respecto de sus gobiernos estatales y municipales.¹⁴ A propósito de este caso, como veremos con detalle más adelante, debe mencionarse otro principio

¹⁴ *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (NAFTA) Award, Laudo, 30 de agosto de 2000, párrafo 73.

general del Derecho internacional que se estipula en el artículo 27 de la misma Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en tanto que los Estados no pueden invocar disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.¹⁵ Claro, si esto fuera diferente el sistema de derecho internacional sería sumamente frágil, pues una defensa tan obviamente pueril destruiría fácilmente cualquier obligación internacional que emanara de un tratado.

La relación del derecho internacional y el derecho interno con respecto de la incorporación de los tratados se aclara mucho cuando revisamos las constituciones nacionales, pues en ellas se establece el tratamiento que le da cada Estado al tema. Normalmente, en la doctrina, aunque no son normas jurídicas, existen dos enfoques opuestos: las teorías monista y dualista. Básicamente, el monismo se distingue porque un tratado puede convertirse en parte del derecho interno, sin requerir legislación adicional, en tanto se encuentre de conformidad con la constitución y al tiempo que entrara en vigor; en cambio, el dualismo no le concede algún lugar específico en jerarquía de normas al tratado, puesto que tanto los derechos y obligaciones conferidos no producirán ningún efecto en el derecho interno, a menos que exista un proceso o alguna legislación que lo habilite para incorporarlo en el derecho local. Sin embargo, en la realidad la práctica nos revela que casi todas las constituciones cuentan con elementos de ambas teorías para incorporarlo dependiendo del tratado en cuestión. Al respecto se considera doctrinalmente¹⁶ que la forma más pura de monismo es la de Suiza y el otro extremo más puro de dualismo el del Reino Unido. El resto de los países, independiente que sean más proclives a seguir más una teoría que otra, utilizan un poco de ambas dependiendo de sus prácticas constitucionales. En esta misma línea, hay que decir que cuando un tratado no requiere de legislación se le refiere comúnmente como tratados autoaplicativos (o self-executing treaties)

¹⁵ Este principio fue expuesto en el caso *Alabama Claims* (1872), durante la Guerra Civil de Estados Unidos, este estado se opuso enérgicamente cuando Gran Bretaña permitió que una embarcación confederada zarpara desde Liverpool para realizar envíos estadounidenses, violentando su obligación de permanecer neutral. Se sostuvo que la ausencia de legislación británica para evitar la construcción o la salida del buque no podía presentarse como defensa, y Gran Bretaña, en consecuencia, era responsable de pagar los daños y perjuicios causados por el buque de guerra en cuestión.

¹⁶ Lori F. Damrosch *et al.*, *International Law, Cases and Materials*, 4a. ed., West Publishing Co., 2001, pp. 237-242; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2a. ed., EEUU, Cambridge University Press, 2007, p. 182; Malcolm Shaw, *International Law*, 6a. ed., EEUU, Cambridge University Press, 2008, pp. 110-114; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., EEUU, Oxford University Press, 1999; Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public*, 5a. ed., L.G.D.J., 1994, pp. 226-229.

y, al contrario, los tratados no autoaplicativos (non-self-executing treaties) necesitan de la implementación de legislación para ser judicialmente cumplimentados. En cualquier caso, cada país con sus diferencias tendrá un enfoque distinto de cómo asume la supremacía constitucional de acuerdo con su propio sistema jurídico.

Para concluir esta parte, deseamos señalar que cuando existe inclinación al monismo, al menos tres factores están generalmente presentes. El primero, es que aunque la Constitución requiera que el tratado sea aprobado primero por el legislativo, siempre puede haber excepciones para ciertos tratados y para ciertas circunstancias; el segundo, es justo la diferencia entre los tratados auto-aplicativos y los no auto-aplicativos; y, el tercero es que un tratado auto aplicativo puede ser la ley suprema y tener prevalencia sobre la legislación local que no sea acorde.¹⁷

Otros países que se reconocen monistas son Francia, Alemania, los Países Bajos, Polonia y, actualmente, México, que desde 2016 reformó el artículo 133 de su Constitución para revelarse monista. Sin embargo, el hecho de que un tratado se incorpore automáticamente al derecho interno en virtud de esta doctrina, no lo exenta de problemas, pues el siguiente tema que se debe resolver es el de la aplicación por las cortes y tribunales internos. En realidad, esto es mucho más complicado ya que en el momento de confrontar las normas en un aparente mismo nivel, como es la Ley Suprema, llegará el momento de elegir cuál prevalece y normalmente es la Constitución. México tiene unos pendientes al respecto,¹⁸ pero eso es materia de otro trabajo.

V. CASO DE ESTUDIO

Para responder de la forma más apropiada a la pregunta sobre cómo debe hacerse el cumplimiento interno de un tratado internacional hay que revisar la evolución del caso *Avena* que es una decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de diciembre de 2003.¹⁹ La sentencia es de particular interés por

¹⁷ Aust, *op. cit.*, p. 183.

¹⁸ En México ha existido una discusión al respecto pues se considera que la figura del arraigo contenida en el artículo 16 constitucional es contraria a tratados de derechos humanos de los que México es parte. En este sentido, ambos son Ley Suprema y a la vez están en conflicto. El Estado ha optado por privilegiar la preminencia de la constitución manteniendo el arraigo, en vez de eliminarlo modificando la constitución para armonizarlo con el principio *pro homine* del artículo 1o. de la constitución y los tratados de los que el país ya es parte.

¹⁹ CIJ, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Fondo, Fallo, 31 de marzo de 2004, p. 12.

su contraste en el cumplimiento que se le dio. En realidad, la visión general que debe tenerse y lo apropiado es, como sostenemos antes, que las obligaciones internacionales deben cumplirse. Bien sea que emanen de un tratado internacional como veremos ahora o sean producto de una sentencia como en el caso Avena respecto de las obligaciones de un tratado, en cualquier caso, el cumplimiento debe suceder.

El caso Avena se refiere a un diferendo en 2003 en el que México demanda a Estados Unidos para proteger a más de 50 nacionales mexicanos. Basándose en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y su protocolo facultativo,²⁰ México alegó que funcionarios estadounidenses violaron artículos de esta convención por no notificar a los ciudadanos mexicanos al momento de su arresto sobre sus derechos de acceso y asistencia consular. Es de hacer notar que los mexicanos fueron sentenciados a pena de muerte por los crímenes que habían cometido. La CIJ dictaminó en 2004 que Estados Unidos había violado el tratado en 51 de esos casos que la Convención de Viena confiere derechos individuales y que las violaciones del tratado requerían un recurso de revisión y reconsideración de las condenas y sentencias a la luz de las violaciones por parte de los tribunales estadounidenses.

Para la revisión de nuestro análisis no es lo más importante que México haya ganado el caso a partir de la decisión de la Corte, sino el papel que tuvieron los gobiernos subnacionales, especialmente el de Texas, al no acatar las obligaciones de cumplimiento que el máximo tribunal internacional impuso a EEUU con motivo de su interpretación de las obligaciones de la Convención de Viena. En este sentido, esto es terriblemente contrastante con la conducta de respeto al derecho internacional que normalmente había mostrado ese Estado, incluso desde la resolución del arbitraje del Alabama, caso en el que hicieron pagar en 1872 a Gran Bretaña una suma mayor a los 15 millones de dólares por su involucramiento en la Guerra de Secesión proveyendo de barcos armados a los confederados y que, por cierto, pagaron sin demora. En el caso de la crisis de rehenes contra Irán, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*²¹ de 1980 en el que EEUU invocó violaciones justamente a esta Convención de Viena, nunca hubo duda de que Irán tenía que cumplir con sus obligaciones internacionales y además de que la sentencia era aplicable para ter-

²⁰ El protocolo refiere que las controversias de interpretación y aplicación de la convención caen bajo la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

²¹ CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Jurisdicción, Fallo, 24 de mayo de 1980, p. 3.

ceros Estados en donde sus cortes tenían que reconocer los efectos legales colaterales producto de la teoría *erga omnes*.

Más allá de tratarse de un caso de incumplimiento de una sentencia, especialmente en lo que se refiere a la parte condenatoria y de las reparaciones, persiste la pregunta de la asimilación de las obligaciones de los tratados internacionales por los distintos estados federales.

Para el sistema de EEUU²² el problema del cumplimiento de un tratado internacional como la Convención de Viena en sus Estados federados es de asimilación del derecho internacional. Esto nos obliga a preguntarnos si acaso en la estructura constitucional de este país el cumplimiento de los tratados depende del papel que debe jugar el Ejecutivo o el Congreso o tal vez la Corte Suprema para decidir si darles cumplimiento y cómo o de qué forma. Por ejemplo, ¿el cumplimiento de los tratados cae enteramente en las facultades del Ejecutivo debido a las implicaciones inherentes respecto de las relaciones exteriores de EEUU? O si acaso la Corte Suprema debería tener un papel que cumplir en este proceso.

Para atender estas preguntas nos queremos referir al caso *Medellín v. Texas*²³ de 2008, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos en continuación de uno de los procesos referidos dentro del caso *Avena* en el que un ciudadano mexicano condenado a muerte impugnó su condena argumentando que no se le brindó el derecho de notificación consular al que hemos aludido de la Convención de Viena. La Corte sostuvo que la decisión de 2004 de la CIJ, que requería a EEUU “revisar y reconsiderar” las condenas del peticionario Medellín y otros 51 ciudadanos mexicanos condenados a muerte no era una ley federal vinculante y al no contar con un estatuto de implementación, no era ejecutable por los tribunales federales contra Texas y, por lo tanto, no reemplazaba la prohibición procesal estatal del reclamo de *Habeas* del señor Medellín. Además, la Corte sostuvo que un memorando de 2005 emitido por el entonces presidente Bush, donde se manifestaba su intención de hacer cumplir *Avena*, no creaba una ley vinculante que pudiera aplicarse contra Texas. El 5 de agosto de 2008 José Ernesto Medellín recibió una inyección letal.

²² A Estados Unidos ya se le había hecho el reclamo en 2 casos previos por incumplimiento de notificación consular en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el caso *LaGrand* [CIJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Procedimientos Instituidos, Solicitud, 2 de marzo de 1999] y el caso *Breard* [Suprema Corte de EEUU, *Breard v. Greene*, 523 U.S. 371, 373 (1998) (*per curiam*); CIJ, *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Procedimientos Instituidos, Solicitud, 3 de abril de 1998].

²³ Véase *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008) y su antecedente *Medellín v. Dretke*, 544 U.S. 660 (2005) (No. 04-5928), 2005.

En otro caso, el de Osvaldo Nezahualcóyotl Torres Aguilera, también condenado a muerte, su pena fue conmutada en 2004 por el gobernador de Oklahoma, quien le perdonó la vida al darle una cadena perpetua sin posibilidad de obtener libertad condicional.

El meollo de este asunto radica en la cláusula de supremacía constitucional²⁴ de EEUU y en la doctrina con la que incorporan el derecho internacional, pero antes hagamos una breve reflexión de estos dos casos. Sobre el caso Medellín y desde un punto de vista de derecho, que no requiere cavilación más profunda, esta conducta del Estado se entiende de total desprecio a las normas del derecho internacional. Si no contaban con un estatuto de implementación podrían haberlo creado mediante su Congreso; bastaba mostrar voluntad política para completar el proceso de asimilación del tratado, de la misma forma que lo hacen otros países seguidores de la doctrina dualista por preferencia. Y sobre el caso Torres, en realidad hay utilidad práctica porque se evita que sea ejecutado, pero desde la perspectiva legal es inútil, pues lo que requiere la CIJ para corregir la violación a la Convención de Viena es estrictamente revisar y reconsiderar el caso, que en otros términos significaría reponer el juicio.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Sin lugar a dudas, el derecho internacional vuelve a replantearse cuando, a partir de los gobiernos subnacionales, se condiciona su cumplimiento y se encuentra una aparente salida a dicho cumplimiento de las obligaciones, que a todas luces debe ser inaceptable. Pareciera ser que se habían superado estas lagunas, pero en tanto los Estados federados vean en su estructura una vía válida para no cumplir con el derecho internacional, este tipo de asuntos serán nuevamente replanteados. Estados Unidos de América, como uno de los máximos ejemplos de Estado federado, y que muchos países tomaron como referente para establecer sus propios sistemas, deberá ser cuestionado por la influencia perniciosa que puede tener en la comprensión de cómo los tratados internacionales deben ser incorporados en los niveles subnacionales de los Estados federados.

Por extensión, no quisimos abordar otros casos, además del caso Avena, en los que los gobiernos subnacionales se ven envueltos en materia de

²⁴ Sobre esta explicación véase Philip Tisne, “The ICJ and Municipal Law: The Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in U.S. Courts”, *Fordham International Law Journal*, vol. 29, núm. 4, 2005, pp. 865-914.

derecho internacional. Por ejemplo, en el caso Productos Biotecnológicos (en el marco del Órgano de Solución de diferencias), la Unión Europea encontraba un entramado subnacional que hace referencia a la problemática abordada. En este sentido, el gobierno de la Unión Europea, los gobiernos nacionales, los subnacionales e, incluso, los más básicos, como los municipales tenían injerencia en el cumplimiento del Informe Final del Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

- AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 2a. ed., EEUU, Cambridge University Press, 2007.
- BROWNIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., EEUU, Oxford University Press, 1999.
- CATALANO, Pierangelo, “Linee del Sistema Sovranazionale Romano”, *Memorie d’Istituto Giuridico. Università di Torino*, Torino, Italia, G. Giappichelli, serie II, memoria CXIX, 1965.
- DAMROSCH, Lori F. *et al.*, *International Law, Cases and Materials*, 4a. ed., West Publishing Co., 2001.
- DINH, Nguyen Quoc, *Droit International Public*, 5a. ed., L.G.D.J., 1994.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 4a. ed., España, Reus, 1995.
- JENSEN, Merrill, *The Articles of Confederation*, EEUU, University of Wisconsin Press, 1966.
- LOMASK, Milton, *The Spirit of 1787: The Making of Our Constitution*, Nueva York, Fawcett Juniper, 1980.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, 6a. ed., EEUU, Cambridge University Press, 2008.

2. *Artículos*

- ESTRADA MICHEL, Rafael, “La teoría constitucional en la profecía del padre Mier sobre la Federación mexicana”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, vols. XI-XII, 1999-2000.

- GIBSON, Hugh, “Switzerland’s position in Europe”, *Foreign Affairs*, vol. 4, núm. 1, octubre de 1925.
- LUBAN, Miguel, “CATALANO, Pierangelo. Linee del Sistema Sovrannazionale romano”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, núm. 55, enero-abril de 1966.
- MUÑIZ COELLO, Joaquín, “Aspectos sociales y económicos de Malaca romana”, *Habis*, Sevilla, núm. 6, 1975.
- TISNE, Philip, “The ICJ and Municipal Law: The Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in U.S. Courts”, *Fordham International Law Journal*, vol. 29, núm. 4, 2005.

LA CVDT Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, UNA MIRADA DESDE MÉXICO

Mario Enrique FIGUEROA MATUZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Constitución de Estados Unidos y los tratados*. III. *Instrumentos a través de los que Estados Unidos adquiere obligaciones internacionales*. IV. *La CVDT, el Departamento de Estado y el Comité de Relaciones Exteriores del Senado de Estados Unidos*. V. *Haciendo valer los tratados ante los tribunales de Estados Unidos*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Los tratados son el instrumento principal a través del cual los Estados y otros sujetos de derecho internacional plasman sus voluntades, acuerdos y establecen derechos y obligaciones. Esta es una herramienta de la mayor relevancia para la conducción de las relaciones internacionales y, frecuentemente, tiene un impacto directo en la vida de millones de individuos, desde la protección de los intereses de personas físicas y jurídico-colectivas, hasta prácticas comerciales, relaciones de trabajo, pago de impuestos y seguridad social; así como sucede lo reflejan convenios consulares, convenios comerciales, tratados en materia de doble imposición, de seguridad social y de asistencia jurídica, por citar algunos.

Considerando las consecuencias amplias de los tratados en la vida de las personas y los Estados, es evidente la importancia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como el instrumento que refleja la voluntad y el ánimo de gran parte del concierto de naciones sobre las reglas aplicables en materia de tratados, su elaboración, interpretación, efectos, entrada en vigor, entre otros aspectos. Algunos estudiosos han llamado a esta Convención el “Tratado de Tratados”; por su importancia y por la amplia participación de los miembros de la comunidad internacional en su negociación y suscripción.

Por lo que hace a las relaciones internacionales de México, incluyendo la celebración de tratados, la relación de política exterior de mayor trascendencia ha sido históricamente la que se tiene con Estados Unidos de América y no se vislumbra que esto cambie en el futuro próximo. De ahí la importancia para México de contar con la mayor claridad posible sobre las posiciones, conclusiones e interpretaciones que dicho país tiene sobre el derecho de los tratados. Reviste gran importancia para México conocer las prácticas, el comportamiento y, en buena medida, predecir algunos resultados sobre la celebración de tratados, pero sobre todo, sobre su cumplimiento. Similar a la que el individuo sensato y prudente le presta a la relación que debe desarrollar con el más poderoso, normalmente más grande, fuerte y en ocasiones proclive a actuar de forma caprichosa.

Desde una perspectiva simple y práctica, estas páginas tratan de lo siguiente: reflejar las menciones relevantes que existen sobre Tratados en la Constitución de Estados Unidos de América, señalar las vías por las cuales este país contrae obligaciones internacionales, ilustrar algunos aspectos históricos que lo relacionan con la CVDT, abordar algunos aspectos sobre la interpretación y cumplimiento de los tratados desde la perspectiva de sus tribunales nacionales y, por último, plantear algunas consideraciones que, se estima, México debe tener presentes en sus interacciones con dicho país. Cabe aclarar que Estados Unidos no ha concluido con el procedimiento constitucional para ser Estado Parte de la Convención, no obstante, ésta ejerce influencia por su contenido que trasciende la aceptación aislada de algunos pocos países, para insertarse en lo que conocemos como derecho internacional consuetudinario.

II. LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS Y LOS TRATADOS

La Carta Magna de Estados Unidos señala en varias ocasiones a los tratados internacionales. Las menciones que nos parecen de mayor importancia son las siguientes:

- Artículo I, Sección 10, numeral 1, en donde se prohíbe a las entidades federadas entrar en tratados, alianza o confederación¹ con naciones extranjeras.

¹ Artículo I, Sec. 10, (1). “No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal, coin Money; emit Bills of Credit; make any

- Artículo II, sección 2, numeral 2 que, al referirse a los poderes del ejecutivo, establece que éste podrá celebrar tratados con el consejo y consentimiento del Senado, siempre que este último lo apruebe con dos terceras partes de los senadores presentes.²
- Artículo III, sección 2, numeral 1, que establece que el Poder Judicial tendrá atribución sobre todos los casos bajo la ley y equidad que surjan al amparo de la Constitución, las leyes de Estados Unidos y los tratados celebrados bajo la potestad de este país.³
- Artículo VI, numeral 2, también conocido como “Supremacy Clause”, que establece que la Constitución, las leyes de Estados Unidos y los tratados celebrados bajo la potestad de dicho país serán la Ley Suprema del mismo y los jueces de cada Estado deberán sujetarse a ellos, no obstante lo previsto en las constituciones o leyes de los Estados;⁴ más adelante, abordaremos este último precepto que nos parece de los más relevantes, a la luz de la doctrina estadounidense sobre los tratados auto-ejecutivos (*self-executive*) y aquellos otros que requieren legislación de implementación.

Vale la pena aclarar que sólo nos referimos a tratados y no a los poderes en materia de política exterior, pues existen otras expresiones relacionadas con las relaciones internacionales en la Constitución estadounidense, como el poder del Congreso para declarar la guerra y regular el comercio con potencias extranjeras y la intención de este trabajo es más limitada.

Ahora bien, tomando en cuenta que corresponde al poder ejecutivo celebrar los tratados y por ende, negociarlos, es preciso mencionar al Departamento de Estado de Estados Unidos de América que, a través de su Oficina de Tratados (Office of Treaty Affairs) es la encargada de asesorar y apoyar al gobierno del país sobre todos los aspectos del derecho de los

Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility...”. Disponible en: <https://constitutionus.com/> (consultado: 30 de abril de 2020).

² Artículo II, Sec. 2, (2). “He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur...”. *Idem*.

³ Artículo III, Sec. 2, (1). “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States and Treaties made, or which shall be made, under their authority...”. *Idem*.

⁴ Artículo VI, (2). “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the contrary notwithstanding”. *Idem*.

tratados, tanto desde una perspectiva del derecho estadounidense como de la práctica internacional. Asimismo, dicha oficina se encarga de conducir el proceso mediante el cual el Departamento de Estado aprueba la negociación y conclusión de todos los tratados en los que Estados Unidos se convertirá en parte contratante y, por último, se coordina con el Comité de Relaciones Exteriores del Senado de Estados Unidos, en todos los asuntos que requieran el consejo y consentimiento del Senado para la ratificación de los tratados.⁵

III. INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE LOS QUE ESTADOS UNIDOS ADQUIERE OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Con base en su derecho interno, Estados Unidos de América puede adquirir obligaciones internacionales a través de vías alternas a su procedimiento constitucional de celebración de tratados. Tal es el caso de los Acuerdos Ejecutivos.⁶ Es pertinente mencionar que la diferencia entre tratados y acuerdos ejecutivos sólo reviste importancia para efectos de derecho interno, pues en el plano del derecho internacional éstos tienen la misma naturaleza; no obstante, consideramos oportuno destacar brevemente sus características. Podríamos decir, para efectos didácticos, que Estados Unidos tiene tres instrumentos o vías a través de las que podría pactar y adquirir una obligación internacional: el Tratado, el Acuerdo Ejecutivo (AE) y el Acuerdo Ejecutivo Congresional (AEC).⁷

Por lo que hace al Tratado, éste es la obligación que pacta el gobierno federal de Estados Unidos de América con otro Estado o ente de derecho internacional que emana directamente del texto constitucional, artículo II, sección 2. Es negociado por el Ejecutivo y precisa de la aprobación de las dos terceras partes del Senado.

El Acuerdo Ejecutivo (Sole Executive Agreement) es, por su parte, un acuerdo llevado a cabo por el ejecutivo, sin la participación en el ámbito in-

⁵ Véase <https://www.state.gov/policy-issues/treaties-and-international-agreements/> (consultado: 6 de mayo de 2020).

⁶ Los instrumentos mencionados en este apartado son los que tradicionalmente utiliza Estados Unidos, pero también existen los acuerdos políticos, mismos que, sin tener el nivel o la forma de un Tratado, Acuerdo Ejecutivo o Acuerdo Ejecutivo-Congresional, producen efectos y están siendo utilizados como una herramienta flexible para celebrar acuerdos a nivel internacional. Para profundizar en este tema véase Ryan Harrington, "Political Commitments and the Case Act", *West Virginia Law Review*, vol. 118, núm. 3, EEUU, 2016, pp. 1211-1245.

⁷ Véase *Foreign Affairs Manual*, 11 FAM 723.2-2 *International Agreements other than Treaties*, Departamento de Estado de EEUU, <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0720.html> (consultado: 10 de noviembre de 2020).

terno de ningún otro poder aunque existe, de manera general, la obligación de transmitir al Congreso el texto del acuerdo ya suscrito para su conocimiento.⁸ Estos acuerdos son suscritos por el Ejecutivo en uso de sus facultades constitucionales exclusivas. De lo anterior se desprende que su validez podría ser impugnada en caso de que contravenga legislación interna, o bien, en caso de exceder las facultades mencionadas.

El Acuerdo Ejecutivo-Congresional (Congressional Executive-Agreement), por su parte, puede ser de dos tipos, *ex-ante* y *ex-post*. Los primeros son aquellos que celebra el Ejecutivo con base en una ley del Congreso que lo faculta para ello. Los segundos son aquellos que, después de negociados, son enviados al Congreso para su aprobación, conforme al proceso legislativo. Este tipo de acuerdo requiere la mayoría simple del Congreso y como regla general, va acompañado por la legislación de implementación, por lo que, una vez aprobado, automáticamente tiene la fuerza de ley federal.

Una diferencia entre Tratados y Acuerdos Ejecutivos radica en que se utilizan dos métodos distintos para que el Estado exprese su voluntad de obligarse por uno o por otro. El Tratado, como vimos supra, se somete al consejo y consentimiento del Senado, mientras que en el Acuerdo Ejecutivo sólo interviene el Ejecutivo federal y por lo que hace a los Acuerdos Ejecutivo-Congresionales se someten a la aprobación de ambas cámaras del Congreso. En ambos casos, las mayorías para su aprobación varían según el instrumento: en el caso del Tratado se necesitan las dos terceras partes del Senado, mientras que para el Acuerdo Ejecutivo-Congresional se requiere la aprobación de la mayoría simple del Congreso. Si bien, para efectos internos esta diferencia tampoco tiene consecuencias sustantivas pues una vez aprobados, ambos métodos se consideran la Ley Suprema o “law of the land”,⁹ considérese sin embargo que en el AEC se deposita, además de la voluntad del Poder Ejecutivo, la voluntad del Poder Legislativo.

Sin embargo, una cosa es establecer derechos y obligaciones con Estados Unidos en el plano internacional, y otra distinta que el instrumento (llámese Tratado o Acuerdo Ejecutivo) que refleja esos derechos y obligaciones sea ejecutable en el ámbito interno del mismo país.

⁸ A pesar de que sólo interviene el Ejecutivo federal, el Congreso de Estados Unidos, desde la década de los setenta y con el propósito de estar mejor informado sobre los acuerdos celebrados por el Ejecutivo y que no constituían propiamente un tratado en términos del artículo II, Sec. 2 (2), creó la ley Case-Zablocki Act. Esta norma le permite al Congreso monitorear y vigilar estos acuerdos, al facultarlo para requerir al secretario de Estado transmitir el texto de cualquier acuerdo internacional dentro de los 60 días posteriores a su entrada en vigor. Disponible en: <https://www.state.gov/treaty-procedures/> (consultado: 11 de noviembre de 2020).

⁹ Cláusula de Supremacía, artículo VI, cláusula 2, *op. cit.* Nota 4.

Por ejemplo, desde una perspectiva mexicana, un AEC puede ser preferible al Tratado y al AE, dado que, por virtud del proceso legislativo, se trata de la Ley Federal y su observancia es obligatoria, a diferencia del Tratado que podría necesitar de legislación de implementación o de algún otro acto, tratándose de aquellos tratados considerados *non-self-executives* (no auto-ejecutivo) que revisaremos en el apartado V. Por otra parte, y comparándolo con el AE, el AEC tiene mayores posibilidades de enfrentar con éxito impugnaciones legales, pues el primero sólo cuenta con la venia y atribuciones del Ejecutivo, mientras que el AEC cuenta con el respaldo del Ejecutivo y también del Legislativo. Podríamos decir que un AEC brindaría mayor certeza jurídica respecto a su cumplimiento y observancia.

Desde una perspectiva estadounidense, aunque no menos importante para México, encontramos el tema de la complejidad política para la aprobación de las obligaciones internacionales que pretende asumir Estados Unidos. En este caso el AEC presenta una ventaja sobre el Tratado, en el sentido de que el primero requiere sólo a la mayoría simple en el Congreso, mientras que el segundo requiere a las dos terceras partes de los senadores, volviéndose políticamente más complejo en tanto requiere una mayoría de dicha naturaleza.

Asimismo, el AEC presenta una ventaja más respecto al Tratado que podríamos calificar como de tiempo y trámite. Si bien el AEC es negociado por el Ejecutivo y corresponderá a este, a través del Departamento de Estado, decidir con qué instrumento interno pactará y concluirá la obligación internacional respectiva; el AEC, al seguir el proceso legislativo y ser ley federal, adquiere su aspecto vinculante en el ámbito interno, apenas concluya satisfactoriamente el proceso de ley.¹⁰ Podríamos hablar de un sólo momento: el de la formación de la Ley. Mientras que el Tratado, en algunos casos, requerirá de dos momentos: primero, el procedimiento constitucional para la aprobación del Tratado y segundo, la legislación de implementación que adopte el Congreso¹¹ para aquellos casos en los que dichos instrumentos no sean auto-ejecutivos.

¹⁰ Véase Oona Hathaway, “Treaties End: The Past, Present and Future of International Law Making in the United States”, *Yale Law Journal*, vol. 117, núm. 7, EEUU, mayo de 2008, p. 1321.

¹¹ Un ejemplo de los inconvenientes de un Tratado que no tiene legislación de implementación es *Medellín v. Texas* (2007) y que se verá más adelante, en relación con los Tratados no-auto-ejecutivos. En *Medellín* se determinó que, ante la ausencia de legislación de implementación, el fallo de la Corte Internacional de Justicia no podía ser ejecutado en las Cortes de Estados Unidos. *Ibidem*, p. 1321. Véase también Suprema Corte de EEUU, *Sanchez-Llamas v. Oregon*. 548 U.S. (2006), p. 25, <https://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/04-10566.pdf>, indicando que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

Más que de conveniencia, otro aspecto de interés lo tenemos respecto de la terminación de la obligación pactada. En principio, la terminación desde una perspectiva de derecho internacional se produciría en los términos pactados en el acuerdo o tratado. En el caso del Tratado, la práctica imperante en Estados Unidos indica que el Ejecutivo puede denunciar un tratado, sin necesidad de consultar al Senado o al Congreso. Pero en el caso del AEC, este tiene dos componentes, el primero es la obligación desde una perspectiva internacional y el segundo, una obligación o compromiso desde el ámbito interno (ley federal). Respecto al primer componente, no habría duda de que el Ejecutivo puede retirarse de los compromisos internacionales o denunciar el acuerdo o tratado correspondiente; sin embargo, en el segundo caso, por virtud de la legislación o estatuto correspondiente, se necesitaría más que la acción del Ejecutivo para inaplicar leyes federales y es muy probable que tenga que intervenir el Poder Legislativo para este efecto.¹²

IV. LA CVDT, EL DEPARTAMENTO DE ESTADO Y EL COMITÉ DE RELACIONES EXTERIORES DEL SENADO DE ESTADOS UNIDOS

Como se ha señalado *supra*, corresponde al Ejecutivo y al Senado lo correspondiente a la celebración de Tratados, con el consejo y consentimiento de

no puede contradecir las leyes procesales locales que limitan o prohíben (*state default rules*) un alegato que no ha sido litigado en primera instancia.

¹² Oona Hathaway, *op. cit.*, p. 1336. Véanse también las opiniones de otros expertos que ponen en duda, desde el ámbito interno, la capacidad del Ejecutivo de denunciar, por su propia autoridad, un acuerdo internacional como NAFTA y que dirigen su atención hacia la cláusula de comercio (Commerce Clause) "...The Constitution expressly grants Congress, not the President, the power to regulate commerce with foreign nations, *Barclay v. California*", sugiriendo que, aún y cuando el Ejecutivo diera el aviso de denuncia o terminación del tratado, éste surtiría efecto desde el ámbito internacional, pero podría ser impugnado en Estados Unidos por particulares y miembros del Congreso para impedir la salida del acuerdo, especialmente cuando el Congreso no ha delegado expresamente dicho poder en el Ejecutivo. Véase Joel Trachtman, "Can President Trump Terminate NAFTA or KORUS without Congressional Approval?", Fletcher School of Law and Diplomacy, <https://econofact.org/can-president-trump-terminate-nafta-or-korus-without-congressional-approval> (consultado: 11 de noviembre de 2020); Tim Meyer, "Trump's threat to withdraw from NAFTA may hit a hurdle: the U.S. Constitution", Vanderbilt University, <https://theconversation.com/trumps-threat-to-withdraw-from-nafta-may-hit-a-hurdle-the-us-constitution-81444> (consultado: 11 de noviembre de 2020) y John B. Mcneecce, "Congress must approve a withdrawal from NAFTA", University of California San Diego Center for U.S. Mexican Studies, https://usmex.ucsd.edu/_files/nafta-essays-mcneecce.pdf (consultado: 11 de noviembre de 2020).

este último. En la práctica esto corresponde al Departamento de Estado¹³ como parte del Ejecutivo y, por lo que hace a la Cámara alta, el Comité de Relaciones Exteriores del Senado de Estados Unidos de América juega un papel preponderante en los trabajos y en dictaminar para que el Senado apruebe mediante resolución de “consejo y consentimiento” (advice and consent resolution) el Tratado correspondiente.¹⁴

Por lo que hace a la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, Estados Unidos de América la firmó el 24 de abril de 1970 y el 22 de noviembre de 1971 fue recibida por el Senado y turnada al Comité de Relaciones Exteriores del Senado,¹⁵ sin embargo, hasta octubre de 2020, su aprobación continúa pendiente.

¿A qué se debe que la aprobación de la Convención continúe pendiente en Estados Unidos? El presidente Nixon envió la Convención al Senado en 1971, haciendo referencia a que resultaba deseable contar con reglas de derecho internacional aplicables a la materia —tratados—, el Comité de Relaciones Exteriores del Senado emitió su dictamen y recomendó la aprobación por el Senado bajo una condición: que se emitiera una declaración interpretativa¹⁶ respecto al artículo 46 de la Convención.¹⁷ Este artículo enuncia

¹³ Un documento que refleja las medidas procedimentales para la negociación, conclusión, reporte, publicación y registro de los tratados y acuerdos internacionales celebrados por Estados Unidos es la circular 175 del Departamento de Estado, que forma parte del Manual de Relaciones Exteriores del Departamento de Estado, disponible en: <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0720.html> (consultado: 11 de noviembre de 2020), el Manual se encuentra parcialmente disponible en: <https://fam.state.gov/Fam/FAM.aspx> (consultado: 11 de noviembre de 2020).

¹⁴ Establecido en 1816, el Comité de Relaciones Exteriores del Senado de Estados Unidos de América ha sido instrumental para el desarrollo de la política exterior de ese país, en algunos casos en oposición al presidente y al secretario de Estado y ha participado también en la negociación de algunos tratados. Véase <https://www.foreign.senate.gov/about/history/> (consultado: 8 de mayo de 2020).

¹⁵ Véase “Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate”, p. 25, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-106SPRT66922/html/CPRT-106SPRT66922.htm> (consultado: 5 de mayo de 2020).

¹⁶ *Ibidem*, p. 26.

¹⁷ Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar Tratados. 1. El hecho de que el conocimiento 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 esta 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, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/II.pdf> (consultado: 10 de noviembre de 2020).

la imposibilidad para un Estado de desconocer una obligación internacional o alegar algún vicio del consentimiento con base a su derecho interno, a menos que la violación sea “manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno”.¹⁸

Sobre dicho dictamen y recomendación del Comité de Relaciones Exteriores, el Departamento de Estado manifestó una objeción, en el sentido de que la declaración interpretativa podría originar confusión para otros Estados,¹⁹ en tanto Estados Unidos estaría desconociendo las obligaciones internacionales asumidas por otras vías, específicamente a través de los Acuerdos Ejecutivo y Ejecutivo-Congresionales.²⁰ La posición del Comité y del Departamento de Estado sobre el dictamen llegó a un *impasse* que detuvo la resolución y hasta la fecha el Senado no ha manifestado su consentimiento.

Así pues, al parecer el *impasse* referido antes entre el Departamento de Estado y el Comité de Relaciones Exteriores, es, en parte, un reflejo de la práctica del país norteamericano, en lo que a asumir obligaciones internacionales se refiere y en cuanto a la arquitectura constitucional que establece los poderes concedidos al gobierno federal y como cada uno de esos poderes tiene su parcela de atribuciones, llámese Ejecutivo o Legislativo, o bien, en el caso de este último, entre las atribuciones exclusivas que corresponden a la Cámara de Representantes o al Senado. La práctica que ha seguido Estados Unidos parece encontrar fundamento en dichas parcelas de poder y en armonizar las atribuciones constitucionales con las obligaciones internacionales que pretende adquirir, utilizando la vía que resulte más adecuada, por ejemplo, Acuerdo Ejecutivo, Acuerdo Ejecutivo-Congresional o Tratado.

No obstante lo anterior, Estados Unidos continúa siendo un signatario de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el Departamento de Estado ha manifestado que considera a la Convención como una codificación de normas consuetudinarias por lo que, aún y cuando no ha concluido su procedimiento constitucional interno, es altamente probable

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ El texto se leía: “It is a rule of internal law of the United States of fundamental importance that no treaty (as defined by paragraph 1(a) of Article 2 of the Convention) is valid with respect to the United States, and the consent of the United States may not be given regarding any such treaty, unless the Senate of the United States has given its advice and consent of such treaty, or the terms of such treaty have been approved by law, as the case may be”. Evan Criddle, “The Vienna Convention on the Law of Treaties in U.S. Interpretation”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, núm. 2, EEUU, 2004, p. 442.

²⁰ *Ibidem*, pp. 442-443.

que las disposiciones principales de la Convención le sean aplicables en sus relaciones con otros Estados.²¹

V. HACIENDO VALER LOS TRATADOS ANTE LOS TRIBUNALES DE ESTADOS UNIDOS

Uno de los aspectos más relevantes a tomar en cuenta sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales, es la práctica que han seguido los tribunales nacionales para darle contenido a dichas obligaciones. Igualmente importante resulta observar las prácticas legislativas de aquellos Estados cuya arquitectura constitucional los lleva a considerar que los tratados deben ser seguidos o perfeccionados, con normas de ejecución a nivel interno, comúnmente conocidas como normas o leyes de implementación. Empero, en este apartado nos referiremos preponderantemente a la práctica judicial de los Estados Unidos de América respecto a la ejecución de tratados, sin circunscribirnos a la práctica que ha seguido este país respecto a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

En el tema de la ejecución de los tratados dentro del ámbito interno de Estados Unidos, la práctica de los tribunales de este país resulta confusa y, tomando en cuenta la estructura de la CVDT, parecería que una de sus secciones más importantes o la que podría ser más recurrida por tribunales nacionales, es la sección sobre la interpretación de tratados, artículos 31, 32 y 33 ya que estas reglas de interpretación son, para efecto de la validez de las disposiciones de un Tratado, las que podrían ser aplicables por algún tribunal nacional para ejercer su jurisdicción y esto, por supuesto, incluiría la ejecución del Tratado en el foro interno, aspecto al que intentaremos enfocarnos.

Un caso de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos que toca al derecho internacional y en cierto grado al derecho de los tratados es “The Paquete Habana”.²² En él, la Corte enunció como regla principal que el derecho consuetudinario internacional es parte del derecho estadounidense y puede ser aplicado por los tribunales nacionales de ese país. En una línea similar y refiriéndose en sus razonamientos a varios tratados internacionales,

²¹ El Departamento de Estado, en su Manual de Relaciones Exteriores, cita como parte del marco normativo a la Constitución de los Estados Unidos y a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entre otros, 11 FAM 712, disponible en: <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0710.html> (consultado: 11 de noviembre de 2020).

²² Suprema Corte de EEUU, *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/677/>.

incluyendo el tratado de paz entre México y Estados Unidos de 1848 y el de naciones europeas respecto a varios temas,²³ expresó: “el derecho internacional es parte de nuestro derecho y debe ser reconocido y administrado por las cortes competentes, con la misma frecuencia que surjan las controversias o preguntas que deban ser resueltas”.²⁴ Este caso que parece alentador a primera vista, desde la perspectiva de una interpretación internacionalista, contrasta fuertemente con normas expuestas en otros casos por la Suprema Corte.

Tal vez el contraste más conspicuo con la interpretación internacionalista de *The Paquete Habana* y también con la letra de la Cláusula de Supremacía,²⁵ es la doctrina sobre la ejecutabilidad de los tratados en el ámbito interno de Estados Unidos. Dicho de manera breve, esta doctrina, para efectos pragmáticos, establece tratados que son de primera auto-ejecutivos (*self-executing*) y de segunda no auto-ejecutivos (*non-self-executing*) como procederemos a explicar. Otra noción adecuada para destacar la diferencia entre tratados auto-ejecutivos (*self-executing*) y no auto-ejecutivos (*non-self-executing*) es que los primeros son válidos y ejecutables en el ámbito interno *ipso iure*, mientras que los segundos no. Otro dato que no debe perderse de vista sobre el tema de la ejecutabilidad de los Tratados en Estados Unidos, es que ésta es determinada por los propios tribunales nacionales de este país, como veremos a continuación.

Desde 1829 la Suprema Corte de Estados Unidos enunció en el caso *Foster v. Neilson* la teoría sobre la ejecutabilidad de los tratados en el ámbito interno, con la distinción entre tratados auto-ejecutivos y no auto-ejecutivos.²⁶

Para explicar la teoría sobre la ejecutabilidad de los tratados, el argumento en *Foster* destacó dos ideas centrales expresadas por el célebre Juez Marshall: “Un tratado no es un acto legislativo, sino que es, por naturaleza, un contrato entre dos naciones”, por lo general “no materializa por sí mismo el objeto que busca, especialmente por lo que se refiere a su operación en el territorio de una de las partes, sino que es materializado o ejecutado

²³ *Ibidem*, pp. 698-700.

²⁴ *Ibidem*, p. 700. “International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination”.

²⁵ La cláusula de supremacía no hace ninguna distinción o categorización de los tratados y establece que serán Ley Suprema “...all treaties made...”, supra nota 4.

²⁶ Véase American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth. The Foreign Relations Law of the United States Treaties*, EEUU, 2018, sección 310, comentarios, p. 2, inciso a, párrafo 2. Base de datos Westlaw Edge (consultado: 15 de julio de 2020).

por el poder soberano de la parte correspondiente”.²⁷ Acto seguido, Marshall contrastó la aseveración anterior, con la cláusula de supremacía de la Constitución, señalando:

Un tratado debe ser observado por los tribunales como equivalente a la legislación, siempre que por sí mismo materialice el objeto que busca, sin la ayuda de un acto del legislativo. Sin embargo, cuando los términos del tratado implican una transacción contractual, cuando alguna de las partes se compromete a realizar algún acto, el tratado se dirige a los poderes políticos y no al judicial; en estos casos, la legislatura debe cumplir la obligación contractual antes de convertirse en una norma aplicable para la corte.²⁸

Esta teoría de la ejecutabilidad de un tratado, a pesar de la referencia que hace Marshall, puede resultar confusa cuando se contrasta con la cláusula de supremacía de la Constitución de Estados Unidos que, *prima facie*, parece establecer la ejecutabilidad de todos los tratados como Ley Suprema²⁹ sin hacer distinción respecto a si se trata de una disposición auto-ejecutiva o no auto-ejecutiva.

Así pues, según la Recopilación Cuarta del Derecho sobre Relaciones Internacionales (Restatement Fourth of Foreign Relations Law), el tema de la ejecutabilidad del tratado ante un tribunal nacional de Estados Unidos se refiere a si las disposiciones del tratado resultan aplicables directamente por dichos tribunales, lo cual, si bien lleva a pensar en la necesidad de la entrada en vigor de legislación de implementación para aquellos tratados u obligaciones considerados como no auto-ejecutivos, significa que el cumplimiento también puede concretarse a través de leyes ya existentes, federales o incluso estatales, o a través de acciones del Ejecutivo en esos mismos niveles.³⁰ Asimismo, la misma Recopilación Cuarta sugiere, para efecto de determinar la ejecutabilidad de la disposición de un tratado, acudir a la intención del negociador, en este caso, el Ejecutivo o, de manera más concreta, a las declaraciones interpretativas o reservas correspondientes y a los dictámenes del Senado al momento de otorgar su consejo y consentimiento para obli-

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Véase *supra* nota 4.

³⁰ Un ejemplo de un intento de dar cumplimiento o ejecutar un tratado a través de una acción del Ejecutivo federal es el memorándum que dirigió el presidente Bush a las entidades federadas para que cumplieran con la decisión de la Corte Internacional de Justicia en Avena para la correspondiente revisión y reconsideración de los casos de 51 mexicanos sentenciados a pena de muerte. Véase Jordan Paust, “Medellin, Avena, The Supremacy of Treaties, and Relevant Executive Authority”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 21, 2008, p. 311.

garse por el Tratado correspondiente. Bajo estas condiciones el desafío es claro, pues lo más plausible es que no resulta posible atribuirle la cualidad de auto-ejecutivo a un Tratado, hasta que exista un pronunciamiento judicial que así lo declare.

El caso *Medellín v. Texas* de 2008 ejemplifica las consideraciones en torno a una disposición no auto-ejecutiva de un tratado. En la resolución del caso, la Suprema Corte de Estados Unidos entró al estudio de la ejecutabilidad de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Avena and other Mexican Nationals, Mexico v. United States*. En *Avena*, la Corte Internacional de Justicia sentenció a Estados Unidos a llevar a cabo la revisión y reconsideración de los procedimientos penales de varios mexicanos en los que las autoridades de Estados Unidos omitieron proporcionarles el derecho al acceso y asistencia consular bajo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En la mayoría de estos casos y específicamente en el caso de Medellín, su procedimiento había concluido y las normas procesales del Estado de Texas le impedían la interposición de un recurso nuevo, específicamente cuando en primera instancia no se había presentado el reclamo por la falta de acceso y asistencia consular.

Así pues, en el caso Medellín, la Suprema Corte determinó que, si bien el artículo 94³¹ de la Carta de las Naciones Unidas contiene una obligación de carácter internacional para Estados Unidos, dicha obligación no es auto-ejecutivo y, por tanto, no resulta posible hacerla valer directamente en los tribunales contrariando disposiciones específicas de derecho procedimental municipal de las entidades federadas que impedían la presentación de un recurso novedoso.³² Para concluir, la Suprema Corte indicó que nada en el

³¹ Artículo 94. 1. Cada miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. 2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo. Carta de las Naciones Unidas, capítulo XIV, disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-xiv/index.html> (consultado: 7 de octubre de 2020).

³² La Suprema Corte estableció que el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas no resulta auto-ejecutivo, dado que, la redacción en inglés del artículo 94 que reza: “undertakes to comply” no se encuentra dirigida a los tribunales nacionales, en parte por la ausencia de los verbos “shall” o “must” que denoten la obligación. En esta misma línea, la Suprema Corte razonó que, dado que el mismo artículo 94 contiene una disposición o mecanismo para el cumplimiento de los fallos de la Corte Internacional a través del Consejo de Seguridad, sin embargo, Estados Unidos de América cuenta con derecho de veto, por lo que estimó que dicho mecanismo evidenciaba que los fallos de la Corte Internacional de Justicia no se entendían como ejecutables en tribunales nacionales. American Law Institute, “Restatement of the Law Fourth...”, *cit.*, sección 310.2, p. 6, párrafo 2.

texto —proceso de negociación, antecedentes, adopción del texto o la práctica de otros Estados signatarios—, sugería que el presidente o el Senado de Estados Unidos hubieren tenido la intención de darle a los fallos de una corte internacional un estatus más elevado que el de algunas instituciones de protección constitucionales con las que cuenta Estados Unidos; no obstante, debe aclararse que la misma Recopilación Cuarta previene, respecto a Medellín, que sus circunstancias son atípicas y por tanto, estima arriesgado sugerir que los considerandos de la Suprema Corte en este caso, puedan arrojar reglas claras para determinar si un tratado es auto-ejecutivo o no auto-ejecutivo.³³

Vale la pena mencionar que el poder judicial estadounidense ha considerado como un característica de los tratados no auto-ejecutivos que la disposición del tratado requiera el ejercicio de una atribución determinada por la Constitución de manera exclusiva por uno de los poderes de la unión, por ejemplo, cuando se trata del Congreso o bien de la Cámara de Representantes; de igual forma, se ha considerado que se encuentra ante disposiciones no auto-ejecutivos, cuando las disposiciones son vagas o aspiracionales.³⁴

Sin embargo, la Recopilación Cuarta se cuida de dejar claro que, en aquellos casos en los que los tribunales estimen que un tratado es no auto-ejecutivos por requerir que Estados Unidos ejerza autoridad conferida por la Constitución de manera exclusiva al Congreso, no existe en el texto constitucional, ni en precedentes judiciales, una guía clara sobre qué autoridad conferida al Congreso por la Constitución puede ser calificada de exclusiva, mencionando que, en todo caso, el único ejemplo aparentemente claro de una facultad exclusiva del Congreso, es el de la asignación del presupuesto para los fines del gobierno (*appropriation of money*).³⁵ Algo similar ocurre con el tema de la creación de responsabilidad penal mediante un tratado, en el sentido de que la práctica indica que este tipo de tratados son considerados como no auto-ejecutivos y necesitan de legislación de implementación para poder ser ejecutables por una corte de Estados Unidos.³⁶

Como podrá observarse, la teoría de la ejecutabilidad de los tratados en Estados Unidos no resulta completamente clara y la Recopilación Cuarta

³³ “The case law has not established a general presumption for or against self-execution, in the sense of a clear statement or default rule that dictates a result in the absence of contrary evidence”. *Ibidem*, sección 310.3, p. 7, párrafo 1.

³⁴ *Ibidem*, sección 310.5, p. 8, párrafos 1 y 2.

³⁵ *Ibidem*, sección 310.11, p. 13, párrafos 1 y 3.

³⁶ *Idem*.

del Derecho de las Relaciones Internacionales previene sobre este aspecto inacabado de la doctrina. Sin embargo, existen algunas guías que pueden ser útiles, bajo ciertas circunstancias, para evaluar las probabilidades de que un tratado sea considerado como auto-ejecutable. Los ejemplos sobre práctica y precedentes judiciales citados en la Recopilación Cuarta son una herramienta útil para valorar aspectos que deben reforzarse durante la negociación de un Tratado con Estados Unidos, especialmente cuando existe interés por que una o varias de sus disposiciones sean ejecutadas en territorio estadounidense.

VI. CONCLUSIONES

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados quedó pendiente en el procedimiento constitucional de Estados Unidos de América, a la luz del *impasse* entre el Senado y el Departamento de Estado. Asimismo, la práctica de Estados Unidos para darle validez a los Tratados en su ámbito interno, bajo la teoría de la ejecutabilidad, resulta ambigua y poco clara. Por ello, se estima que el Estado mexicano debe ponderar siempre de manera cuidadosa las obligaciones internacionales que pacta con su vecino del norte y cuando tiene la expectativa de que una o varias disposiciones de algún proyecto de tratado internacional sean aplicadas en territorio estadounidense o de índole auto-ejecutiva, debe tomar la precaución de no perder de vista los indicios que la práctica y, específicamente, los precedentes judiciales de sus tribunales, han establecido para considerar que un tratado es auto-ejecutivo frente al poder judicial de ese país.

En un escenario como el descrito en el párrafo anterior, México puede y debe tratar de asegurarse, cuanto sea posible, de que los tratados celebrados con Estados Unidos cuenten con los elementos profilácticos que permitan asumir que, llegado el momento, serán considerados auto-ejecutivos en sus tribunales nacionales, por ejemplo, apuntalar durante la negociación la noción de la auto-ejecutabilidad del Tratado, reflejarla en los documentos de negociación y, de ser posible, en el texto del instrumento. Otra recomendación es la de promover, en lo posible, que las obligaciones internacionales sean pactadas por Estados Unidos por la vía de los Acuerdos Ejecutivo-Congresionales, entre otras razones, porque su procedimiento incluye al procedimiento legislativo federal, lo que teóricamente haría innecesario entrar al ámbito poco claro de la teoría de la ejecutabilidad de los tratados y prevendría que dicha ejecutabilidad fuera decidida conforme una doctrina inacabada, por parte de un tribunal nacional estadounidense.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículos

- CRIDDLE, Evan, “The Vienna Convention on the Law of Treaties in U.S. Interpretation”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, núm. 2, EEUU, 2004.
- HARRINGTON, Ryan, “Political Commitments and the Case Act”, *West Virginia Law Review*, vol. 118, núm. 3, EEUU, 2016.
- HATHAWAY, Oona, “Treaties End: The Past, Present and Future of International Law Making in the United States”, *Yale Law Journal*, vol. 117, núm. 7, EEUU, mayo de 2008.
- MEYER, Tim, “Trumps threat to withdraw from NAFTA may hit a hurdle: the U.S. Constitution”, *The conversation*, 15 de agosto de 2017, <https://theconversation.com/trumps-threat-to-withdraw-from-nafta-may-hit-a-hurdle-the-us-constitution-81444>.
- PAUST, Jordan, “Medellin, Avena, The Supremacy of Treaties, and Relevant Executive Authority”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 21, 2008.
- TRACHTMAN, Joel, “Can President Trump Terminate nafta or korus without Congressional Approval?”, Fletcher School of Law and Diplomacy, 2017.

APUNTES CON RELACIÓN A LA LEY SOBRE LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS

Gerardo GUERRERO GÓMEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ley sobre la Celebración de Tratados y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*. III. *Acuerdos interinstitucionales vs. acuerdos ejecutivos*. IV. *Conclusión*. V. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El 2 de enero de 1992, en el *Diario Oficial de la Federación* se publicó la Ley sobre la Celebración de Tratados (LSCT),¹ con el fin de reglamentar los artículos 76, fracción I y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). La LSCT constituye en sí misma un ordenamiento jurídico muy endeble, compuesta tan sólo por 11 artículos dispositivos y un Transitorio.

Gran parte del contenido de esta ley pretende recoger la práctica que hasta ese momento se tenía en México sobre la materia y, podríamos afirmar, lo único novedoso que realmente aporta es la incorporación de la muy cuestionada figura de acuerdo interinstitucional, así como cuatro artículos relativos a tratados que eventualmente suscriba el Estado mexicano y que contengan mecanismos internacionales para la solución de controversias; éstos últimos cobran especial relevancia a la luz de que en esa época se estaba negociando el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), primero en su tipo para México, el cual, en diversos capítulos, contiene esta clase de mecanismos.

A pesar de que han sido varios los expertos y tratadistas que han precedido a este artículo en el estudio de la LSCT, el objetivo que se persigue con este ensayo es hacer un análisis de tal ordenamiento, no sólo desde el punto

¹ Ley sobre la Celebración de Tratados, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de enero de 1992.

de vista jurídico, sino desde la perspectiva de un servidor público que por las funciones que ha desempeñado en la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) ha tenido la responsabilidad directa de aplicar la LSCT, principalmente en cuanto a la formulación de las opiniones y dictámenes a que se refieren sus artículos 6 y 7, respectivamente, por lo que nos concentraremos en los dos instrumentos que la Ley regula.

II. LEY SOBRE LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS Y CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969

El primer instrumento internacional suscrito por México como país independiente el 28 de diciembre de 1836, fue el Tratado Definitivo de Paz y Amistad entre la República Mexicana y S.M.C. la Reina Gobernadora de España (Tratado Santa María-Calatrava), por el cual la monarquía española reconocía a México como una nación libre, soberana e independiente.

A partir de ahí, durante 156 años México suscribió tratados internacionales y acuerdos ejecutivos sin requerir de una ley específica sobre la materia; sin embargo, el 2 de enero de 1992 se expide la LSCT, a fin de reglamentar lo dispuesto en los artículos 76, fracción I y 133 de la CPEUM, sin que la Ley en parte alguna se refiriera a la facultad que tiene el presidente de la República de dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, contenida en el artículo 89, fracción X, de nuestra Carta Magna, disposición que, por cierto, contiene los principios de política exterior.

La técnica legislativa de la LSCT es, en definitiva, pobre y deficiente, comenzando porque nunca establece cuál será la autoridad responsable de su aplicación e interpretación, a diferencia de otros ordenamientos que sí lo determinan, por ejemplo, la Ley de Comercio Exterior que en su artículo 2 señala claramente a la Secretaría de Economía para tales efectos; o bien, como otras leyes que, sin ser tan categóricas, al menos lo establecen al elaborar una definición, como hace la Ley Aduanera en su artículo segundo al definir a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o la Ley de la Guardia Nacional que en su artículo 2 define a la Secretaría de Protección y Seguridad Ciudadana y de donde se infiere que son éstas dependencias las responsables de su ejecución.

La LSCT es tan escueta en cuanto al objeto que pretende regular que incluso la SRE se vio en la necesidad de emitir la Guía para la Conclusión de Tratados y Acuerdos Interinstitucionales en el Ámbito Internacional según la Ley sobre la Celebración de Tratados, la cual se encuentra disponible en

la página web de la Dependencia y que de una forma más descriptiva explica criterios, ámbitos, limitantes y lineamientos para la celebración de ambos tipos de instrumentos.²

En el caso de la LSCT, las únicas referencias a la SRE están en su artículo 6 que, tomando parte de la redacción de la fracción I del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF), establece que corresponderá a esta dependencia coordinar las acciones necesarias para la celebración de cualquier tratado y formular una opinión acerca de la procedencia de suscribirlo; y en su artículo 7, al señalar que las dependencias y organismos de la administración pública federal, estatal o municipal que deseen suscribir un acuerdo interinstitucional deberán informar a la SRE, la cual habrá de formular un dictamen de procedencia y, en ambas situaciones, en caso de llevarse a cabo la suscripción del instrumento en cuestión, inscribirlo en el respectivo registro.

En su artículo 1 la LSCT establece cuál es su objeto y qué instancias podrán celebrar tratados internacionales y acuerdos interinstitucionales, definiendo ambos instrumentos en su artículo 2. Para definir algunos de los conceptos referidos en dicho artículo, tales como *tratado*, *ratificación*, *adhesión* o *aceptación*, *plenos poderes* y *reserva*, la ley retoma aquellos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), la cual, de conformidad con el artículo 133 de la CPEUM, es Ley Suprema de toda la Unión, en los términos de su Decreto de Promulgación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* del 14 de febrero de 1975, no obstante a haber entrado en vigor hasta el 27 de enero de 1980.

Si bien la CVDT es objeto de análisis en otro capítulo de esta publicación, es importante destacar su importancia como fuente de derecho internacional para la celebración de tratados internacionales, en los términos a que se refiere el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al punto de que incluso países que no la han ratificado, como Estados Unidos, le otorgan ese valor, en los siguientes términos:

Although the United States has not ratified the Vienna Convention, it recognizes it as generally signifying customary international law. See, e.g., *Fujitsu Ltd. V. Federal Exp. Corp.*, 247 F.3d423 (2nd Cir.2001) (“we rely upon the Vienna Convention here as an authoritative guide to the customary international law of treaties... [b]ecause the United States recognizes the Vienna Convention as a codification of customary international law... and [it] ac-

² Véase Documento Guía, Secretaría de Relaciones Exteriores, disponible en: https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php.

knowledges the Vienna Convention as, in large part, the authoritative guide to current treaty law and practice”).³

Regresando a la LSCT, y como ya se ha mencionado anteriormente, ésta define algunos de los conceptos contenidos en su artículo 2 tomando parte de las definiciones de la CVDT, tales como *tratado* y *plenos poderes*, las cuales realiza de forma apresurada e imprecisa y, por otra parte, incorpora definiciones que no están en la Convención, como las de firma *ad referéndum* y organización internacional, así como la de una figura híbrida que pareciera tomar como fuente de inspiración al acuerdo ejecutivo contemplado en la legislación estadounidense, al que denomina “acuerdo interinstitucional” y del que nos ocuparemos en el siguiente apartado.

A manera de ejemplificar lo impreciso de las definiciones contenidas en la Ley, solamente comentaremos la correspondiente a “Organización internacional”, a la cual define simplemente como “*la persona jurídica* creada de conformidad con el derecho internacional público”.⁴

Aún cuando la teoría también reconoce a las comunidades beligerantes, a los movimientos de liberación internacional y a los individuos, los sujetos de derecho internacional público reconocidos para celebrar tratados son los estados y las organizaciones internacionales. De hecho, los estados son los sujetos naturales y originarios de este derecho.

A ese respecto, corresponde a los propios estados, para el manejo de sus relaciones y para el cumplimiento de determinados objetivos, crear a los organismos internacionales, por lo que, en vez de definir a la organización internacional simplemente como “la persona jurídica”, que en estricto sentido sí es, se pudo haber elaborado un poco más para definirla como “*la organización intergubernamental* creada de conformidad con el derecho internacional público”, con lo cual el concepto hubiera quedado mucho más claro.

Otra imprecisión se encuentra al final del artículo 4 de la Ley, según el cual, para el caso de los tratados que de conformidad con el artículo 76 fracción I de la CPEUM se sometan a consideración del Senado, éste comunicará en su oportunidad su resolución al presidente de la República; lo cual no sucede de tal forma, en tanto el Senado, después de analizar un tratado, emite un Decreto de Aprobación o de No Aprobación, según corresponda, y lo remite a la Secretaría de Gobernación para su publicación en el *DOF*.

³ “International Law and Agreements: Their effect Upon U.S. Law”, CRS Report for Congress, Washington D.C., 16 de agosto de 2004, p. 3.

⁴ Ley sobre Celebración de Tratados, *op. cit.*

Por otra parte, en su artículo 5, la Ley dice que la voluntad de los Estados Unidos Mexicanos para obligarse por un tratado se manifestará a través de intercambio de notas diplomáticas, canje o depósito del instrumento de ratificación, adhesión o aceptación, “mediante las cuales se notifique la aprobación por el Senado al tratado en cuestión”.⁵ Esta disposición es en sí misma contradictoria con la propia Ley, pues precisamente al definir en su artículo 2, fracción V, a la “ratificación”, “adhesión” o “aceptación”, dispone claramente que ésta será el acto por el cual los Estados Unidos Mexicanos “hacen constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”.⁶

Si bien para el caso de México el dato se incluye en el instrumento que corresponda, para efectos del derecho internacional resulta irrelevante el notificar la aprobación del Senado, ya que se refiere a un aspecto de procedimiento de derecho interno y lo que realmente se comunica es precisamente el consentimiento del estado mexicano en obligarse por un tratado.

En ese sentido, cabe destacar que el hecho de que el Senado apruebe un tratado, de forma alguna obliga al presidente de la República a manifestar posteriormente el consentimiento del Estado mexicano en obligarse al instrumento, ya que ello es una facultad exclusiva que tiene en términos del artículo 89, fracción X de la CPEUM y de lo contrario esta atribución se vería vulnerada.

En ese sentido, la CVDT en su artículo 46, primer párrafo establece precisamente lo siguiente:

Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esta violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.⁷

Si bien el artículo 46 de la CVDT se refiere a la falta de competencia de quien manifiesta el consentimiento del Estado para obligarse por un tratado, se puede interpretar que lo mismo sucedería en caso de que el Estado no hubiera completado los requisitos establecidos por su legislación interna y aún así se hubiera vinculado al instrumento.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *DOF*, 14 de febrero de 1975.

Finalmente, por lo que a la materia de tratados se refiere, la LSCT en su artículo 6 retoma parte del lenguaje del artículo 28, fracción I de la LOAPF y, quedándose corta, tan sólo establece que la SRE “coordinará las acciones necesarias para la celebración de cualquier tratado” y formulará una opinión acerca de la procedencia de suscribirlo, cuando su facultad de conformidad con la propia LOAPF es mucho más amplia. Para estos efectos se resume en tres acciones de gran relevancia:

1. Promover, propiciar y asegurar “la coordinación de acciones en el exterior” de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.
2. Conducir la política exterior.
3. Intervenir en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte.

De lo anterior, debe inferirse que la coordinación necesaria para la celebración de tratados a que se refiere el artículo 6 de la LSCT significa intervenir en todo el proceso que comprenderá la negociación, la adopción del texto y, en su momento, la autenticación del mismo, así como la manifestación del consentimiento en obligarse por el instrumento, lo cual además se ve reflejado en la Ley del Servicio Exterior Mexicano (LOSEM), por lo que, la opinión que se emite, en estricto sentido, es más un *dictamen de procedencia* que una simple opinión.

En ese sentido, cabe destacar que, de conformidad con la CVDT, la prerrogativa de celebrar tratados, independientemente de la materia sobre la que versen, corresponde, además de al presidente de la República, precisamente al secretario de Relaciones Exteriores.

III. ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES VS. ACUERDOS EJECUTIVOS

La segunda figura que reglamenta la LSCT son los acuerdos interinstitucionales, los cuales han sido altamente cuestionados por distintos tratadistas, al considerar unos que su naturaleza jurídica no es clara y otros que en realidad constituyen tratados internacionales “disfrazados” y que, por lo mismo, son inconstitucionales, por no estar previstos en el artículo 133 de la CPEUM.

Pudiera pensarse que el legislador pretendió incorporar en la LSCT la figura de “acuerdo ejecutivo” contemplada en el derecho estadounidense; sin embargo no fue así y lo que sucedió es que aquel creó una subcategoría

de naturaleza distinta que en forma alguna involucra al Estado mexicano *per se*, sino únicamente a la institución que lo celebra, dentro del ámbito de sus atribuciones legales (reglamentos internos, leyes o decretos de creación).

Para tener una mejor comprensión de lo anterior, es necesario establecer que se trata de dos instrumentos de naturaleza jurídica distinta.

Hemos dicho que la figura de “acuerdo ejecutivo” se encuentra regulada dentro del derecho estadounidense y la celebración de estos instrumentos definitivamente involucra a Estados Unidos como nación. A este respecto, cabe destacar lo que dice el Congressional Research Service (CRS) en su reporte al Congreso: “The United States assumes international obligations most frequently when it makes agreements with other States or international bodies that are intended to be legally binding upon the parties involved. Such legal agreements are made through treaty or executive agreements”.⁸

De conformidad con la práctica estadounidense hay tres categorías de acuerdos ejecutivos, a saber:

1. Congressional executive agreements.
2. Agreements pursuant to treaties.
3. Presidential or sole executive agreements.

A ese respecto, es de destacar que el determinar si a un instrumento internacional se le da la categoría de tratado o de acuerdo ejecutivo, corresponde enteramente a la legislación nacional de cada país. Por ejemplo, a diferencia de México, el TLCAN y ahora el Tratado comercial México, Estados Unidos, Canadá (TMEC), no constituyeron para Estados Unidos un tratado internacional como tal, sino un *congressional executive agreement*, ya que a diferencia de los tratados que sólo son aprobados por el Senado, éstos se celebraron por la autoridad ejecutiva del presidente, pero requirieron la aprobación del Congreso, es decir, también intervino la Cámara de Representantes, pues para su implementación como Ley Suprema de toda la Unión, fue necesario expedir la legislación correspondiente.⁹

En cuanto a México, la práctica de celebrar acuerdos ejecutivos es muy añeja, tal como lo establece Jorge Palacios Treviño al señalar que “en México la práctica de celebrar estos acuerdos con el nombre de acuerdos administrativos se remonta a los primeros años de vida independiente...”.¹⁰

⁸ International Law and Agreements, *op. cit.*

⁹ Gerardo Guerrero Gómez, “Derecho y práctica en materia de tratados internacionales y acuerdos ejecutivos en México y Estados Unidos”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 109, México, enero-abril de 2017, p. 58.

¹⁰ Jorge Palacios Treviño, *Tratados, legislación y práctica en México*, México, SRE/Universidad Iberoamericana, 2007.

En ese sentido, si bien la práctica de celebrar acuerdos ejecutivos no es tan frecuente como solía ser, en su celebración se debe observar que su contenido no sea el de una materia regulada por el artículo 73 de la CPEUM, que no afecte al territorio nacional, que no afecte la esfera jurídica de los particulares, que no se contraigan obligaciones financieras que comprometan el crédito de la Nación; sin embargo, sí se involucra a la Nación como un todo, ya que son firmados por el o la Titular de la Secretaría de Relaciones Exteriores en nombre del Estado mexicano. Los ejemplos más típicos de este tipo de instrumentos son los acuerdos de supresión de visas o bien los acuerdos que derivan de un tratado principal previamente aprobado por el Senado de la República en términos de lo dispuesto por el artículo 133 de la CPEUM, como es el caso, por ejemplo, de los “acuerdos de proyecto” que se firman al amparo del Convenio de Cooperación Técnica, firmado el 8 de octubre de 1997 entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos y de la República Federal de Alemania.

Por lo que se refiere a los denominados acuerdos interinstitucionales, basta acudir a la exposición de motivos de la LSCT para ver que, como ya se ha mencionado anteriormente, la intención del legislador no fue el regular a los acuerdos ejecutivos en su concepción tradicional, sino crear una figura híbrida de menor jerarquía que en forma alguna compromete al Estado mexicano como tal y que se circunscribe única y exclusivamente a las facultades y competencias que las dependencias u organismos descentralizados de la administración pública federal, estatal o municipal firmantes tienen legalmente conferidas por sus reglamentos interiores y por sus leyes o decretos de creación.

La intención del legislador claramente fue limitar cuáles serían los sujetos que podrían celebrar acuerdos interinstitucionales y su alcance, sin que se comprometiera al Estado mexicano como tal, así como las razones que motivan la celebración de estos instrumentos; pero cae en un grave error en cuanto al ámbito al que los circunscribe y dicho error se reproduce en la definición contenida en el numeral II del artículo 2 de la LSCT. A continuación, se transcriben dos fragmentos de la exposición de motivos que se encuentra contenida en un artículo de Luis Ernesto Orozco Torres:

Un acuerdo interinstitucional obliga a las partes firmantes según el Derecho Internacional Público, pero a diferencia de los tratados, no requieren ser sometidos a la aprobación del Senado, pues no son Ley Suprema de la Nación, y en contraste con contratos internacionales privados no son regulados por reglas del Derecho Internacional Privado. Los acuerdos interinstitucionales son hoy día un fenómeno jurídico en todos los países, cuyo origen se debe a las exigencias, siempre crecientes, de mayor cooperación entre órganos gubernamentales con responsabilidades similares en sus respectivos gobiernos...

Dicho de otra forma el ámbito material de los acuerdos interinstitucionales está circunscrito a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados que los suscriben.¹¹

Evidentemente, la definición de acuerdo interinstitucional contenida en la LSCT tiene su origen en la transcripción anterior extraída en específico de la exposición de motivos y, desafortunadamente, es prácticamente la misma definición que se emplea para la figura de “tratado” en la propia ley, sustituyendo únicamente a los sujetos firmantes y su ámbito de aplicación, cometiendo el grave error de señalar que ambos instrumentos son regulados por el derecho internacional público.

Se considera que es un error señalar que el acuerdo interinstitucional es el *convenio regido por el derecho internacional público*, toda vez que, si bien las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, estatal o municipal son parte del Estado mexicano, de ninguna manera son sujetos del derecho internacional público, ya que como lo indicamos anteriormente, sujetos de este derecho sólo lo son los Estados, los organismos internacionales, las comunidades beligerantes, los grupos de liberación nacional y los individuos, entonces, ¿cómo podría un ente que no es sujeto de derecho internacional público *per se*, celebrar un instrumento dentro de ese ámbito?

Los acuerdos interinstitucionales han tenido un desarrollo significativo, al punto de constituir un elemento importante de política exterior, al permitir que ciertos órganos del Estado identifiquen y formalicen importantes vínculos de colaboración con sus homólogos de otros Estados; sin embargo, reiteramos que las dependencias y organismos descentralizados no son sujetos de derecho internacional público y sus titulares de ninguna manera tienen la representación del Estado mexicano en ese ámbito, ya que ésta se encuentra reservada al jefe de Estado y de gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y al o la titular de la Secretaría de Relaciones Exteriores, lo cual se ve reflejado en la propia CVDI, a excepción de aquéllos casos en los que se otorgan los plenos poderes correspondientes.

IV. CONCLUSIÓN

Este artículo tiene por objeto celebrar el L Aniversario de la firma de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —que no el inicio de

¹¹ Luis Ernesto Orozco Torres, “Carácter y alcance de los acuerdos interinstitucionales en el Sistema Jurídico Mexicano”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 34, México, enero-junio de 2016, p. 36.

su vigencia, el cual se dio apenas en 1980—, formulando algunos apuntes acerca de la Ley sobre la Celebración de Tratados vigente desde 1992, desde el punto de vista de un servidor público que ha dedicado casi la mitad de sus 33 años de trayectoria en la Secretaría de Relaciones Exteriores a este apasionante tema que, bajo la guía de grandes maestras y maestros, ha sido fuente de experiencias fascinantes.

Podemos concluir que la LSCT es un ordenamiento que poco ha aportado a la legislación nacional y que, después de casi 29 años de vigencia, se encuentra totalmente rebasado. Ha llegado el tiempo de pensar en legislar sobre una nueva ley que responda al desarrollo que en los últimos años se ha dado en la entorno internacional y a los retos que este impone.

Si bien el procedimiento *per se* para la celebración de tratados no ha representado problema alguno, ya que la Secretaría de Relaciones Exteriores tiene un papel fundamental, no podemos decir lo mismo de los acuerdos interinstitucionales, debido a que, la Ley al no aportar reglas claras sobre su celebración, ha generado cierto desorden en el sentido de que las instituciones que los celebran solicitan el dictamen a que se refiere el artículo 7 a destiempo; o bien, argumentando desconocimiento de la Ley, se omite solicitar el dictamen requerido, sin informar a la Cancillería de la celebración del instrumento en cuestión, y es por lo mismo que no se cuenta con un inventario por completo confiable o actualizado, pues tampoco se informa sobre las modificaciones que sufren dichos instrumentos o si han dejado de estar vigentes o se han dado por terminados.

Es por ello que se requiere de una nueva Ley que responda a las circunstancias actuales, que aborde las tres figuras esenciales que son los tratados, los acuerdos ejecutivos —los cuales, si bien han caído en cierto desuso, en la práctica mexicana se siguen dando y continúan siendo un instrumento socorrido en el ámbito internacional— y los acuerdos interinstitucionales.

Un elemento importante a considerar en una eventual iniciativa de Ley es el desarrollo que recientemente ha tenido en el ámbito internacional el llamado *soft law*, que ha venido a dar como resultado la proliferación de instrumentos de cooperación que no son jurídicamente vinculantes.

En ciertas materias, tales como el derecho ambiental internacional, el derecho económico internacional, el derecho del desarrollo sustentable, entre muchas otras, las tendencias señalan que los Estados cada vez son más proclives a formalizar instrumentos que no son jurídicamente vinculantes, sino más bien declaraciones políticas o expresiones de buena voluntad que, aún careciendo de fuerza legal, tienen un impacto muy importante, sobre todo desde un punto de vista político; y por lo cual, en ocasiones, pueden ser más efectivos.

Los acuerdos interinstitucionales no han escapado a lo anterior. Si bien en un inicio se les atribuían distintas denominaciones, tales como “acuerdo interinstitucional”; “acuerdo”; “convenio”; “memorándum de entendimiento”; en su contenido sí se contemplan áreas de cooperación específicas a desarrollar, compromisos tanto financieros como de actividades para las partes, que recaen dentro de su exclusivo ámbito de competencia y se encuentran sujetos a su propio presupuesto.

Con el desarrollo reciente del *soft law*, la figura del acuerdo interinstitucional también ha evolucionado, dando lugar a otras figuras tales como los memoranda de entendimiento no vinculantes y otros instrumentos como declaraciones conjuntas, arreglos administrativos, cartas de acuerdo, cartas de intención, declaraciones de intención, entre otros que terminan siendo meramente declaraciones de buena intención de las partes, cuyo cumplimiento depende de su disposición material y financiera y que, de no cumplirse, no producen consecuencias de ninguna especie.

El empleo de este tipo de instrumentos no vinculantes nos procura varias ventajas, pues representa un proceso ágil de negociación, su contenido realmente no genera obligaciones, eventualmente permite a las instituciones participantes implementar actividades de cooperación en la medida de su disponibilidad financiera y de recursos humanos y materiales, entre otras.

En cuanto a la participación de la SRE, la relevancia de rendir la opinión o el dictamen de procedencia radica en que, si bien los técnicos en la materia sobre la que versará el instrumento serán los servidores públicos de la institución mexicana participante, la Secretaría intervendrá para conocer la intención de las partes en relación con el nivel de compromiso que se desea adquirir, es decir, si se trata de un documento vinculante o no y, en ese sentido, asegurar que lo que se está negociando y se va a firmar cumple con tal intención.

Sin duda alguna se requiere una ley actualizada y robustecida, que contemple las variantes de las que aquí se ha hablado. ¿Qué mejor oportunidad para celebrar el L aniversario de la CVDT, así como los treinta años del inicio de su vigencia, que expidiendo una nueva Ley sobre la Celebración de Tratados?

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

PALACIOS TREVIÑO, Jorge, *Tratados, legislación y práctica en México*, México, SRE/ Universidad Iberoamericana, 2007.

2. *Artículos*

GUERRERO GÓMEZ, Gerardo, “Derecho y práctica en materia de tratados internacionales y acuerdos ejecutivos en México y Estados Unidos”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 109, México, enero-abril de 2017.

OROZCO TORRES, Luis Ernesto, “Carácter y alcance de los acuerdos interinstitucionales en el Sistema Jurídico Mexicano”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 34, México, enero-junio de 2016.

LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y EL PROCESO CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA, UN ESTUDIO COMPARATIVO MÉXICO-PERÚ

Gabriela MORENO HIDALGO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Legislación y práctica en materia de celebración de tratados*. III. *Procedimiento seguido por cada Estado para llegar a ser parte de un tratado*. IV. *Legislación y práctica en materia de acuerdos interinstitucionales*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los años se ha podido observar la práctica en materia de tratados y otros instrumentos internacionales en regiones como América Latina, Asia y África, identificando considerables aproximaciones con respecto a la celebración de tratados —lo cual sin duda se debe al desarrollo y codificación del derecho de los tratados, independientemente de si un Estado es Parte o no del tratado que rige esta materia, a la costumbre internacional y a la práctica de las Naciones Unidas como Depositario—, así como diferencias sustantivas en torno a la celebración de otro tipo de instrumentos internacionales.

En el caso de América Latina, si bien la práctica en materia de tratados es muy similar, identificamos que los procedimientos internos para que un Estado pueda hacerse parte de un tratado son, en algunos casos, muy distintos entre sí o presentan determinadas particularidades, como es el caso de la República del Perú.

Es por ello que el presente trabajo se centra en un estudio comparativo del marco jurídico y la práctica que en materia de tratados y acuerdos interinstitucionales tienen nuestro país y Perú, considerando que este país sudamericano, además de ser un socio regional muy importante para Mé-

xico en la labor que realizamos a nivel bilateral y en foros y mecanismos internacionales como la Alianza del Pacífico, observa prácticas muy similares a las del Estado mexicano, relacionadas con la celebración de otro tipo de instrumentos internacionales.

II. LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA EN MATERIA DE CELEBRACIÓN DE TRATADOS

Conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969¹ un tratado es “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”,² el cual, una vez en vigor, es obligatorio para las Partes que lo celebran y, por tanto, debe ser cumplido *Pacta sunt servanda*.³ Es decir, estamos en presencia de la fuente de una obligación de derecho internacional contraída por sujetos de derecho internacional, en este caso Estados,⁴ que les genera derechos y obligaciones mutuas.

La CVDT establece, entre otros, elementos generales y formales para la materialización de esta fuente de obligaciones a través de la celebración de tratados, que tal como se lee en su preámbulo, es el resultado de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho de los tratados.

Como mera referencia, mencionaremos también la definición de tratado contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones In-

¹ ONU, Tratados, Depositario, *Status* de los Tratados, Capítulo XXIII, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en.

² Artículo 2, numeral 1, inciso a.

³ Artículo 26 de la CVDT.

⁴ Es preciso señalar, que si bien la CVDT es aplicable únicamente para los Estados, su artículo 3 dispone expresamente que “[e]l hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará: a) el valor jurídico de tales acuerdos; b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención; a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional”.

ternacionales de 1986,⁵ que, si bien no ha entrado en vigor, fue ratificada por los Estados Unidos Mexicanos el 10 de marzo de 1988,⁶ se refiere a otros sujetos de derecho internacional:

un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: *i*) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o *ii*) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación.⁷

Como se puede observar, esta segunda definición retoma los elementos esenciales de la CVDT, reconociendo expresamente la capacidad de las organizaciones internacionales, como sujetos de derecho internacional, para celebrar tratados.

México⁸ y Perú⁹ son Estados Parte de la CVDT, por lo que sus principios les son aplicables tanto por la vía convencional como por la vía consuetudinaria.

En México, la celebración de tratados se encuentra regida principalmente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEM), la CVDT, la Ley sobre la Celebración de Tratados (LCT)¹⁰ y la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica.

En ese sentido, el artículo 2 de la LCT dispone en su fracción I que el término “tratado” debe entenderse como:

El convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos

⁵ ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, 1986, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1986/03/19860321%2008-45%20AM/Ch_XXIII_3.pdf.

⁶ ONU, Tratados, Depositario, *Status* de los Tratados, Capítulo XXIII, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, p. 3, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&clang=_en#1.

⁷ Artículo 2, a). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales..., *cit*.

⁸ México aprobó y firmó la Convención de Viena el 23 de mayo de 1969, siendo aprobada por el Senado el 29 de diciembre de 1972, ratificada el 25 de septiembre de 1974 y publicada en el *DOF* el 14 de febrero de 1975.

⁹ Para el Perú: Ratificada por Decreto Supremo N° 029-2000-RE. Instrumento de ratificación depositado el 14 de septiembre de 2000. Fecha de ratificación el 14 de septiembre de 2000. Fecha de entrada en vigencia para el Perú el 14 de octubre de 2000.

¹⁰ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de enero de 1992, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf>.

de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.

La práctica seguida por el Estado mexicano en la materia nos permite determinar que aquellos instrumentos internacionales que cumplen con cualquiera de las siguientes características constituyen tratados, conforme a los artículos 76, fracción I, 89, fracción X, y 133 de la CPEUM, así como al artículo 2 de la LCT:

- Que la materia del tratado se encuentre regulada por el artículo 73 de la CPEUM.
- Que involucre a la nación como a un todo y, por tanto, su aplicación tenga lugar en todo el territorio nacional.
- Que afecte la esfera jurídica de los particulares.
- Que amplíe o modifique la legislación existente.
- Que en virtud del tratado se contraigan obligaciones financieras que comprometan el crédito de la nación.¹¹

En el caso de Perú, además de la CVDT, la celebración de tratados se fundamenta principalmente en la Constitución Política del Perú (CPP), el Reglamento del Congreso de la República, la Ley N° 26647 “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano” (1996), la Ley N° 29357 “Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores”, y la Directiva N° 002-DGT/RE-2013 “Lineamientos Generales sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”.

La Directiva N° 002-DGT/RE-2013, en su Sección V, Precisiones Conceptuales, define los términos “tratado”, “convenio” y “acuerdo” como un

acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados, o entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Estados y otros Sujetos de Derecho Internacional con capacidad para ello, regido por el Derecho Internacional,

¹¹ Estos criterios se detallan ampliamente en la Guía para la conclusión de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional según la Ley sobre la Celebración de Tratados, documento elaborado por la Secretaría de Relaciones Exteriores, publicado en 1999, y que continúa siendo uno de los principales documentos de referencia para determinar la naturaleza jurídica de un instrumento internacional conforme a la práctica mexicana. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/guia.pdf>.

ya conste en un documento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. Puede ser Bilateral, Plurilateral o Multilateral.

Como se puede observar, la definición de tratado contenida en las legislaciones de México y Perú retoman los elementos esenciales de aquella contenida en ambas Convenciones,¹² añadiendo otros que han surgido de la práctica y experiencia particular de cada Estado y que se reflejan conforme al momento específico en que cada ordenamiento fue adoptado.

III. PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR CADA ESTADO PARA LLEGAR A SER PARTE DE UN TRATADO

En el caso de México, las dependencias de la Administración Pública Federal son las que, en la práctica, llevan directamente la negociación de los tratados, según sus respectivos ámbitos de competencia, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF).

No obstante, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), conforme a las atribuciones que le otorga la LOAPF, el Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores (RISRE) y la LCT, desempeña un papel fundamental en esta etapa. El artículo 6 de la LCT dispone que la SRE,

sin afectar el ejercicio de las atribuciones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, coordinará las acciones necesarias para la celebración de cualquier tratado y formulará una opinión acerca de la procedencia de suscribirlo y, cuando haya sido suscrito, lo inscribirá en el registro correspondiente.

Esto quiere decir que, en esta etapa, la SRE asume un papel de entidad coordinadora.

Conforme al artículo 13 del RISRE, la Consultoría Jurídica es el área encargada de, entre otros, tomar las medidas conducentes para el cumplimiento de la LCT; opinar sobre la procedencia de suscribir tratados, participar en su negociación y, en su caso, tramitar los plenos poderes correspondientes para su suscripción; opinar sobre la conveniencia de modificar, terminar o denunciar tratados y realizar los trámites y gestiones apropiados para dar cumplimiento

¹² La República del Perú no se ha vinculado a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

a los requisitos constitucionales para su entrada en vigor, modificación, terminación o denuncia; mantener el registro de los tratados celebrados por México; y emitir, para efectos administrativos, las interpretaciones de los tratados de los que México sea parte.

En esta virtud, la Consultoría Jurídica, además de estar facultada para participar en las negociaciones de cualquier tratado, una vez concluida esta etapa, es la encargada de emitir una opinión/dictamen, con base en el derecho internacional, para que se proceda a la firma de cualquier instrumento de esta naturaleza.

Una vez firmado el tratado, éste debe ser sometido a la consideración del H. Senado de la República. El segundo párrafo de la fracción I del artículo 2 de la LCT dispone que todos los tratados deben ser aprobados por el Senado de la República, en cumplimiento de lo establecido en la fracción I del artículo 76 de la CPEUM. El Decreto de Aprobación del respectivo tratado que emita el Senado de la República es publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF).

Tras cumplirse este procedimiento, el Estado mexicano está en posibilidad de vincularse¹³ al tratado, en los términos que el propio instrumento establezca para su entrada en vigor. Conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 4 de la LCT, los tratados “para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el *Diario Oficial de la Federación*”, en ese sentido, el texto íntegro del tratado es publicado en el DOF, a través de la publicación del respectivo Decreto de Promulgación para que surta efectos de Ley Suprema de toda la Unión.

Los tratados celebrados por el Estado mexicano son resguardados en la Bóveda de Tratados de la Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, que estructuralmente depende de la Consultoría Jurídica y, una vez que entran en vigor, el texto, en todos los idiomas en que fue suscrito, así como la información correspondiente al respectivo trámite constitucional, se publica en el micrositio “Tratados Internacionales celebrados por México”, ubicado en la página web de la SRE.¹⁴

En el caso de Perú, conforme a lo establecido en la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores,¹⁵ la Cancillería peruana

¹³ Entendiendo este término como el acto jurídico por el cual un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, conforme a lo dispuesto en la propia CVDI.

¹⁴ SRE, Tratados internacionales celebrados por México, <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/introduccion.php>.

¹⁵ Artículos 5.6 y 6.18.

es la encargada de negociar y suscribir tratados; sin embargo, cuando se trata de tratados de naturaleza especializada, su participación en las negociaciones se lleva a cabo en coordinación con los sectores competentes.

Al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores se ubica la Dirección General de Tratados, que es el órgano responsable de dictar las normas y lineamientos técnicos para la adecuada suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los tratados y demás instrumentos internacionales que suscriba el Estado peruano; de mantener el registro y archivo único de éstos y demás instrumentos internacionales suscritos por Perú, entre otros.¹⁶

Una vez suscrito el tratado, existen dos procedimientos para que Perú pueda llegar a ser parte de éste:

- Conforme a lo dispuesto en el artículo 57, primer párrafo, de la CPP, el Presidente puede “celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente”. Este procedimiento se conoce como Procedimiento simplificado, el cual, de conformidad con lo señalado en el artículo 92 del Reglamento del Congreso —órgano legislativo unicameral— corresponde a “tratados internacionales ejecutivos”.
- La segunda forma, conocida también como Procedimiento agravado, corresponde al establecido en el artículo 56 de la CPP, que señala que “[l]os tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República”,¹⁷ siempre que versen sobre alguna de las materias siguientes:
 - a) Derechos humanos.
 - b) Soberanía, dominio o integridad del Estado.
 - c) Defensa nacional.
 - d) Obligaciones financieras.

¹⁶ Sección I, numeral 1.5. Ministerio de Relaciones Exteriores, Directiva N° 001-DGT/RE-2013, “Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”, Perú, 2013, https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/358252/Directiva_N_1.pdf; Ministerio de Relaciones Exteriores, Manual de Procedimientos de la Dirección General de Tratados, Perú, 2018, <http://transparencia.rree.gob.pe/index.php/2-planeamiento-y-organizacion/21-instrumentos-de-gestion/216-manual-de-procedimientos-mapro/ano-2018-17/12429-20-manual-de-procedimientos-de-la-direccion-general-de-tratados-mapro-dgt/file>.

¹⁷ Artículo 102.3, CPP.

Este procedimiento aplica también para los tratados que afectan disposiciones constitucionales;¹⁸ que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.¹⁹

Conforme a la Ley No. 26647, los tratados celebrados por el Estado peruano se incorporan a su derecho interno una vez que se cumple con el procedimiento constitucional respectivo (procedimiento simplificado o agravado, según sea el caso), cumpliendo con lo que establezca el propio tratado para su entrada en vigor.²⁰

Una vez cumplido lo anterior, el texto íntegro de los tratados celebrados por Perú se publica en el *Diario Oficial El Peruano* indicando la fecha de su entrada en vigor.²¹

Los tratados celebrados por Perú desde 1821 se custodian en el Archivo Nacional de Tratados Embajador Juan Miguel Bácula Patiño,²² que se encuentra a cargo de la Dirección General de Tratados.

Como se puede observar, si bien existen similitudes en cuanto a los procedimientos seguidos tanto por el Estado mexicano como por Perú con respecto a la celebración de tratados, se observa una clara y sustantiva diferencia que tiene que ver con la participación del Poder Legislativo. En el caso de México, como se ha señalado, todos los tratados, sin distinción alguna, requieren de sanción legislativa, es decir, deben ser sometidos a consideración del H. Senado de la República, y sólo hasta contar con la aprobación de dicho órgano legislativo, es posible continuar con los trámites necesarios para que el Estado mexicano pueda vincularse al respectivo tratado; mientras que, en el caso de Perú, dependiendo la materia, el tratado puede o no requerir de sanción legislativa.

Como sabemos, la CVDT reconoce diversas formas para que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado, y que, en términos generales, depende de la forma que el propio tratado disponga para que tenga ese efecto. Ello se refleja claramente en su artículo 24, en el que dispone que un tratado entrará en vigor “de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores”.

Así, podemos afirmar que tanto México como Perú se consideran obligados internacionalmente a partir del momento en que el tratado inicia su

¹⁸ Artículo 57, segundo párrafo, CPP.

¹⁹ Artículo 56, segundo párrafo de la CPP.

²⁰ Artículos. 2 y 3.

²¹ Artículos 4 a 6.

²² Véase en: <https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf>.

vigencia. Ahora bien, para que el tratado surta plenos efectos a nivel nacional, en la práctica, las áreas responsables de las respectivas Cancillerías buscan que la publicación del tratado, en sus respectivos diarios oficiales, se lleve a cabo a más tardar en la fecha en que éste inicie su vigencia, buscando así conciliar la fecha de entrada en vigor internacional a nivel nacional.

IV. LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA EN MATERIA DE ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES

La existencia de los tratados no supone un impedimento para que la comunidad internacional busque otros mecanismos que le permitan cubrir sus necesidades de cooperación internacional. Así, podemos observar que existen, por ejemplo, materias tan especializadas que son de interés para algunos órganos o entidades estatales, o que algunos sectores o gobiernos locales busquen espacios de diálogo con sus homólogos extranjeros sobre temas afines.

Esta dinámica global ha dado cabida a la presencia en la comunidad internacional de otro tipo de instrumentos, distintos a los tratados, que permiten a instancias de los distintos órdenes de gobierno y al interior de un determinado Estado llevar a cabo una cooperación internacional de manera flexible, sencilla y dinámica, con base en sus atribuciones exclusivas y a través de sus propios recursos humanos, materiales y financieros.

No existe a nivel internacional un instrumento que codifique la práctica respecto de este tipo de instrumentos, lo cual, podemos afirmar, responde en gran medida al constante desarrollo y evolución de las formas en que las entidades gubernamentales celebran estos instrumentos de cooperación internacional.

En el caso de México, la LCT, además de regular la figura de tratado, creó una nueva categoría de instrumento internacional: los acuerdos interinstitucionales.

En la exposición de motivos del Proyecto de la Ley sobre la Celebración de Tratados se reconoció la celebración de esta nueva categoría de instrumentos como “un fenómeno jurídico en todos los países, y cuyo origen se debe a las exigencias, siempre crecientes, de mayor cooperación entre órganos gubernamentales con responsabilidades similares en sus respectivos gobiernos”.²³

A partir de la expedición de la LCT en 1992, se incorporó en su artículo 2, fracción II, la figura de acuerdo interinstitucional como

²³ Exposición de motivos de la Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el *Diario de los Debates de la Cámara de Senadores*, Primer Periodo Ordinario, LV Legislatura, número 20, 6 de diciembre de 1991.

el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado.

Esta nueva categoría de instrumento internacional permite que las diversas dependencias y organismos descentralizados de los tres órdenes de gobierno puedan celebrar acuerdos interinstitucionales, siendo tales autoridades las titulares directas de los derechos y obligaciones que emanen de dichos instrumentos, sin que su cumplimiento involucre al Estado mexicano.

En el Dictamen de Primera Lectura de la entonces llamada Ley de Tratados, del 16 de diciembre de 1991, la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Senadores determinó que

ha quedado debidamente precisado y sobre todo a partir del concepto de tratado antes enunciado, que los acuerdos interinstitucionales tienen una naturaleza distinta a la de los tratados. En virtud de su suscripción, los compromisos que se pacten no los asume el Estado mexicano como tal, sino que constituyen compromisos para las dependencias y organismos descentralizados federales, estatales o municipales que los suscriben. A su vez, se ha precisado que el ámbito competencial para que dichas dependencias y organismos celebren este tipo de acuerdos, se desprende de las atribuciones que cada una de ellas tenga en las diversas normas que integran nuestro ordenamiento jurídico: La Constitución y las leyes federales y los tratados internacionales, así como sus disposiciones reglamentarias, en el ámbito federal; y la Constitución Federal, las Constituciones locales y las leyes locales, así como sus disposiciones reglamentarias, en los *ámbitos estatal o municipal*.²⁴

Estos instrumentos de cooperación interinstitucional, que son jurídicamente vinculantes para las autoridades que los celebran, presentan un ágil proceso de negociación y, por ende, de formalización, que permite identificar áreas en las que resulta necesario promover acciones de cooperación que, entre otros, mejoran las capacidades institucionales de las autoridades que los celebran.

En la práctica mexicana, dependiendo del contenido del acuerdo interinstitucional, éste, para existir, no requiere necesariamente tener como marco jurídico un tratado. Lo que sí es esencial es que el ámbito material de

²⁴ Dictamen de Primera Lectura, Proyecto de Ley General sobre la Celebración y Aprobación de Tratados, Senado de la República, LV Legislatura, año I, Primer Período Ordinario, *Diario* 26, 16 de diciembre de 1991.

los acuerdos interinstitucionales se circunscriba exclusivamente a las atribuciones propias de las autoridades que los celebren.²⁵

El artículo 7 de la LCT establece la obligación de las dependencias y organismos descentralizados de los tres órdenes de gobierno de mantener informada a la SRE sobre cualquier acuerdo interinstitucional que pretendan celebrar con otros órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales. Por su parte, la SRE, a través de la Consultoría Jurídica, debe formular el dictamen correspondiente sobre la procedencia de suscribir dicho instrumento, en el ámbito internacional.²⁶

La Guía para la conclusión de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional según la Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada por la Secretaría de Relaciones Exteriores en 1999, considera que

Si el asunto a convenir en el ámbito internacional no es materia de un tratado conforme a las disposiciones y criterios [señalados en la propia Guía], podrá ser materia de un acuerdo interinstitucional, a nivel de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal, a condición de que:

- a) la materia del acuerdo recaiga dentro de la competencia exclusiva de la dependencia u organismo que pretenda celebrarlo de conformidad con la legislación vigente, ya sea una ley o un tratado;
- b) el acuerdo sólo afecte la conducta de la dependencia u organismo que lo celebre;
- c) las obligaciones financieras que contenga el acuerdo pueden ser cubiertas por el presupuesto ordinario de la dependencia u organismo que lo firma;
- d) no afecta la esfera jurídica de las personas, y
- e) no modifica la legislación nacional existente.

Si bien, la LCT no establece sanción alguna en caso de que un acuerdo interinstitucional haya sido suscrito sin contar con el dictamen de procedencia que refiere el citado artículo 7, resulta de suma relevancia que estos instrumentos cuenten con la opinión de la Consultoría Jurídica, pues ésta, en su revisión, puede alertar sobre la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones antes señaladas.

Una vez suscrito el acuerdo interinstitucional, la autoridad mexicana que lo celebró debe remitir una copia del texto firmado a la Consultoría Jurídica para que se proceda al registro correspondiente.²⁷

²⁵ Segundo párrafo de la fracción II del artículo 2 de la LCT.

²⁶ Artículo 13, fracción XVI. Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, México.

²⁷ Parte final del artículo 7 de la LCT.

Cabe señalar que, en el caso de la SRE, la Dirección General de Coordinación Política realiza también un papel importante en relación con los acuerdos interinstitucionales, toda vez que tiene, entre sus competencias, la de propiciar, en coordinación con la Consultoría Jurídica, la suscripción de este tipo de instrumentos entre los gobiernos de las entidades federativas y municipios con órganos gubernamentales extranjeros y organismos internacionales, así como darles seguimiento y apoyarles en su instrumentación.²⁸ Para ello, la Dirección General de Coordinación Política cuenta con un registro público de los acuerdos interinstitucionales suscritos por entidad federativa de los que tiene conocimiento.²⁹

En el caso de Perú, conforme al artículo 6 del Decreto Supremo N° 031-2007-RE, “Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos Poderes al derecho internacional contemporáneo”,³⁰ un acuerdo interinstitucional es:

El convenio regido por el derecho internacional público y/o por el ordenamiento interno de las partes, celebrado por escrito, entre cualquier entidad o entidades de la Administración Pública y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente adoptado. El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales y la capacidad de quienes los suscriban, deberán circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las entidades de la Administración Pública que son partes de los acuerdos, y bajo ninguna circunstancia podrán versar sobre las materias a que se refiere el artículo 56 de la Constitución Política ni estar inmersos dentro de las causales señaladas en el segundo párrafo de dicho artículo.³¹

Esta diferenciación que se hace del régimen jurídico que rige a los acuerdos interinstitucionales responde, según algunos académicos, a que si un acuerdo interinstitucional deriva de un tratado, tiene *per se* relación con el derecho internacional, es decir, cuando del propio contenido de un tratado se desprende la posibilidad de que sea implementado a través de la formalización de un acuerdo interinstitucional; o cuando éste no deriva de un tratado, sino que

²⁸ Artículo 16, fracción XI del RISRE.

²⁹ Véase en: <https://coordinacionpolitica.sre.gob.mx/index.php/registro-de-acuerdos-interinstitucionales-r-a-i>.

³⁰ Publicado en el *Diario Oficial* del 22 de mayo de 2007.

³¹ Véase también la definición del acuerdo interinstitucional contenida en la sección V, inciso b de la Directiva N° 002-DGT/RE-2013, “Lineamientos Generales sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”, publicada en el *Diario Oficial* del 16 de marzo de 2013.

surge simplemente de la voluntad de una entidad gubernamental peruana y otra extranjera, el acuerdo interinstitucional se celebra y ejecuta conforme a las competencias que la propia legislación interna le otorga a dicha entidad gubernamental.³²

La Directiva N° 002-DGT/RE-2013 establece expresamente que los acuerdos interinstitucionales “no pueden comprometer obligaciones a nombre del Estado peruano ni celebrarse a nombre de este”.

La única participación del Ministerio de Relaciones Exteriores que se prevé a nivel normativo es ante la obligación de las entidades que celebran este tipo de instrumentos de remitir una copia autenticada de los acuerdos interinstitucionales suscritos para fines de registro y archivo.

De lo anterior, podemos identificar algunas diferencias de carácter sustantivo respecto a la celebración de acuerdos interinstitucionales entre ambos países. La primera, quizá la más relevante, tiene que ver con el régimen jurídico que rige a los acuerdos interinstitucionales; en el caso de México, la LCT establece que este tipo de instrumentos se encuentran regidos por el derecho internacional público, mientras que, en el caso de Perú, por el derecho internacional público y/o por el ordenamiento interno de las partes, ello, según algunos académicos, en función de si el acuerdo interinstitucional deriva o no de un tratado.

Es importante señalar que, si bien la LCT no menciona expresamente que los acuerdos interinstitucionales también se encuentran regidos por el derecho interno, al disponer que éstos deben circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de cada dependencia y organismo descentralizado que los suscriba, queda claro que es precisamente el ordenamiento jurídico interno el que otorga facultades para su celebración, así como para garantizar su efectiva ejecución.

De allí que, como se ha mencionado, la participación de la SRE previo a la formalización de este tipo de instrumentos resulta relevante, toda vez que, además de llevar a cabo un análisis jurídico con base en el derecho internacional público, se analizan las condiciones que conforme a la práctica mexicana deben cumplir los acuerdos interinstitucionales, según lo establecido en la Guía para la conclusión de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional según la Ley sobre la Celebración de Tratados. Siendo ésta, otra de las diferencias que identificamos en cuanto a lo establecido a nivel normativo en Perú y México, toda vez que, como se señaló, en el caso

³² Silvio Jesús Mezarina García y Pablo César Rosales Zamora, “Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho pucp*, núm. 82, Perú, junio-noviembre de 2019, pp. 376 y 377.

de Perú, la participación de su Cancillería en materia de acuerdos interinstitucionales se limita a llevar a cabo su registro después de ser firmados.

Una última diferencia, la observamos en la limitación expresa que hace la normativa peruana con respecto a las materias sobre las que puede versar un acuerdo interinstitucional y que son precisamente aquellas respecto de las cuales, constitucionalmente, corresponden a tratados que requieren la aprobación de su Congreso. En el caso mexicano, la LCT no contiene un listado de materias sobre las que puede versar o no un acuerdo interinstitucional; sin embargo, ello se desprende, nuevamente, de las atribuciones que la ley otorga a cada dependencia y organismo descentralizado, así como de lo mencionado en la multicitada Guía para la conclusión de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional según la Ley sobre la Celebración de Tratados.

V. CONCLUSIONES

En el contexto internacional, la práctica hace evidente la innegable necesidad de los Estados de contar con marcos jurídicos suficientes y adecuados para, entre otros, asumir obligaciones, cumplir compromisos internacionales y reconocer o hacer valer derechos, lo que se materializa en mayor medida a través de la celebración de tratados. Es así como esta rama del derecho internacional cobra una significativa importancia para la interrelación de los Estados a nivel bilateral, regional y multilateral.

Esta práctica se ve reflejada y, en muchos aspectos, fortalecida por la CVDT, que constituye uno de los esfuerzos de codificación más importantes del derecho internacional y que continúa desarrollándose de manera progresiva.

El derecho de los tratados, como cualquier otra rama del derecho internacional, exige a las partes que cumplan con los compromisos adquiridos y que, para ello, las disposiciones internacionales surtan efecto en el ámbito interno. Sin embargo, no regula ni orienta sobre la forma en que esto deba llevarse a cabo. Es por ello que cada Estado determina el procedimiento que a nivel interno desarrollará para celebrar tratados en los términos del derecho internacional.

Dado que estos compromisos internacionales deben ser asumidos por cada Estado en su conjunto, en el caso de México, además de la participación del Ejecutivo Federal en la celebración de tratados, resulta de suma importancia la intervención del Senado de la República, pues en su calidad

de representante de la voluntad de las entidades federativas, por medio de su aprobación, obliga a sus autoridades. De allí que en materia de tratados se requiera, en cada caso y sin excepción, de la aprobación del Senado.

Hemos visto que, a diferencia de México, en el caso peruano, sólo cuando los tratados versan sobre materias específicas resulta necesaria la sanción legislativa, el resto de los tratados son considerados como tratados internacionales ejecutivos, lo que podría interpretarse como la existencia de una categoría distinta de instrumento internacional, si lo comparamos con la práctica de otros Estados; sin embargo, es precisamente en la práctica, en que estas diferencias procedimentales no tienen consecuencias jurídicas en el cumplimiento de los tratados en vigor. No obstante, la diferenciación que se hace en la legislación peruana de los tratados y los “tratados internacionales ejecutivos”, nos hace reflexionar sobre la existencia de una práctica, tanto internacional como a nivel nacional, en torno a los llamados acuerdos ejecutivos los cuales no se encuentran regulados por la LCT; sin embargo, son mencionados en otros ordenamientos jurídicos, como es la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.³³

En materia de acuerdos interinstitucionales, si bien no hay un procedimiento claramente establecido, es preciso reconocer que en la práctica las Cancillerías de ambos países trabajan de una manera muy similar, teniendo presente que, si bien la normativa peruana aplicable no establece una participación de la Dirección General de Tratados previa a la firma de cualquier acuerdo interinstitucional, es una realidad que las diversas autoridades gubernamentales consultan a la citada área, a fin de garantizar que los instrumentos que suscribirán incorporen los elementos necesarios de un instrumento de esta naturaleza.

No obstante, resulta importante destacar que, en la actualidad, se observa una tendencia hacia la celebración de instrumentos de cooperación interinstitucional más flexibles, que no generen obligaciones jurídicamente vinculantes, por lo que la figura de acuerdo interinstitucional cada día es menos recurrida, dando paso a otras figuras en cuya elaboración resulta relevante la experiencia de las Cancillerías, a fin de garantizar que efectivamente se esté en presencia de un instrumento de una naturaleza distinta a los acuerdos interinstitucionales.

No queda más que reconocer que existe una necesidad imperante de revisar nuestro ordenamiento jurídico en materia de tratados para actualizarlo y fortalecerlo, ya que, como observamos, éste ha quedado rebasado, tanto por las dinámicas actuales, como por el cambio radical de las circuns-

³³ Véase artículo 69, fracción VI, inciso j.

tancias que le dieron vida. No me cabe duda que una nueva ley de tratados debería ser el único marco normativo que regule todo lo relacionado con esta materia.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

AUST, Anthony, *Modern treaty law and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

DÖRR, Oliver y Kirsten SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*.

KLABERS, Jan, *The concept of treaty in International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1998.

PALACIOS TREVIÑO, Jorge, *Tratados. Legislación y práctica en México*, México, SRE, 2007.

SHAW, Malcolm N., *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

2. *Artículos*

MEZARINA GARCÍA, Silvio Jesús y Pablo César ROSALES ZAMORA, “Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho pucp*, núm. 82, Perú, junio-noviembre de 2019.

OROZCO TORRES, Luis Ernesto, “Carácter y alcance de los acuerdos interinstitucionales en el sistema jurídico mexicano”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 34, 2016.

EL ACERVO HISTÓRICO DIPLOMÁTICO, LOS TRATADOS INTERNACIONALES, LA INVESTIGACIÓN Y LA DIFUSIÓN

Laura Beatriz MORENO RODRÍGUEZ
Joaquín LOZANO TREJO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Acervo Histórico Diplomático*. III. *Los tratados internacionales*. IV. *Publicaciones y tratados*. V. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados representa, indudablemente, un momento trascendental en la conformación del derecho internacional. Al recoger, analizar y sistematizar las prácticas generalizadas de las naciones en materia de celebración de tratados, para darle un sentido jurídico resultado del acuerdo entre los países participantes de la Convención, se tuvo la posibilidad de establecer certezas a los efectos de estos instrumentos en el ámbito de las relaciones internacionales.

Es sabida la importancia de los tratados no sólo como fuente del derecho internacional sino, como en el caso de México, también de su propia normatividad jurídica interna. La participación en la firma de este tipo de mecanismos de carácter bilateral, regional o multilateral, expresa de algún modo los principios de política exterior de una nación establecidos en su legislación interna, que al mismo tiempo actualiza y consolida.

La complejidad inherente a las relaciones entre las naciones implica que los tratados deriven de las más diversas motivaciones, intereses y temáticas, desde las más específicas, hasta aquellas que regulan aspectos de interés general para los países que integran el sistema internacional. En cualquier caso, representan instrumentos jurídicos a través de los cuáles los países interactúan entre sí a distintos niveles y, a su vez, son parte sustancial de su legislación interna.

Sin embargo, independientemente de su vigencia y efectos en términos jurídicos, los tratados son también documentos históricos, en tanto son el resultado y la expresión de las dinámicas humanas en determinados contextos. En efecto, las temáticas y condiciones establecidas en un tratado reflejan los procesos, necesidades o preocupaciones por los que atraviesa un país en relación con el orden internacional, o bien, la humanidad en su conjunto.

En este sentido, y con motivo del 50 Aniversario de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, abordamos en este trabajo la importancia del resguardo, conservación, difusión y sobre todo, el estudio de los tratados internacionales desde distintas perspectivas epistemológicas, para una mayor comprensión tanto de los procesos que les dan origen, como de su importancia específica en los contextos históricos en los que tienen lugar.

II. EL ACERVO HISTÓRICO DIPLOMÁTICO

En el caso de México, el Acervo Histórico Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) es el encargado de dirigir y coordinar la gestión documental de dicha dependencia, con base en la normatividad vigente y aplicable en materia de organización, conservación, uso, acceso y valoración de los archivos producidos por las unidades administrativas y por las representaciones de México en el Exterior.

Dentro de esta compleja tarea, tiene la misión de llevar a cabo los procesos técnicos para la conservación, restauración, organización y coordinación de los servicios de orientación, préstamo, consulta de expedientes y la difusión de los fondos documentales del Archivo Histórico Genaro Estrada. Pero también cuenta dentro de su estructura con la Fototeca Amalia González Caballero de Castillo Ledón, la Biblioteca José María Lafragua, la Mapoteca y la Bóveda de Tratados, además del Archivo de Concentración que es el espacio de resguardo de la documentación de carácter no histórico que generan las unidades administrativas de la SRE.

La riqueza documental que ha logrado conformar el Acervo Histórico Diplomático, se debe gracias a la visionaria y decidida labor de uno de los diplomáticos más relevantes de nuestro país, y que le da nombre al archivo histórico: Genaro Estrada. En su carácter de Oficial Mayor de la Cancillería inició los trabajos para organizar desde una perspectiva archivística los documentos que hasta ese momento se tenían en el archivo general de la SRE, algunos de los cuales databan de 1821 como parte de los departamentos y direcciones del antiguo Ministerio de Asuntos Interiores y Exteriores, así como de sus representaciones diplomáticas en el exterior.

A partir de entonces comenzó a resguardarse de manera sistemática y con mayor profesionalismo la documentación que da cuenta de la importancia de la labor diplomática de nuestro país. Esta labor se vio fortalecida con la creación el 10. de julio de 1968 de la Dirección General de Archivo y Biblioteca con el fin de establecer un área que definiera las políticas de conservación y clasificación de fondos documentales y bibliográficos. En 1973 esta dirección ampliaría sus funciones cambiando su denominación a Dirección General de Archivo, Biblioteca y Publicaciones, misma que conservaría hasta 1989, cuando se actualizó por la de Dirección General del Acervo Histórico Diplomático.

Ubicado inicialmente en el inmueble del ex Colegio de la Santa Cruz de Tlatelolco, el cual conserva bajo custodia la SRE a través del Acervo Histórico Diplomático, y posteriormente en el edificio conocido como Triangular perteneciente a la misma Secretaría de Estado, se ha llevado desde entonces, una intensa labor por resguardar los documentos que se han y siguen generando como resultado de la administración de la política exterior de nuestro país. A lo largo de este tiempo, sus fondos documentales se han sido enriquecidos por las donaciones de diversos y destacados diplomáticos mexicanos.

La trascendencia de esta labor, que cada vez es más compleja, enfrenta nuevos retos dando como resultado que la Secretaría de Relaciones Exteriores cuente con uno de los archivos históricos más importantes del país a tal grado que es visitado para su consulta por un considerable número de investigadores nacionales y extranjeros, además de atender cotidianamente los requerimientos de información de diversa índole de las unidades administrativas y las representaciones de México en el Exterior.

Una gran parte de los trabajos sustanciales que lleva a cabo el Acervo Histórico Diplomático es la difusión de la riqueza documental del Archivo Histórico Genaro Estrada por medio de distintos mecanismos. Uno de ellos es a través de la promoción de investigaciones sobre la historia de las relaciones internacionales de México y su política exterior, ya sea por cuenta propia o en colaboración con instituciones académicas nacionales o extranjeras. Las investigaciones resultantes representan un relevante insumo para la conducción presente de nuestra política exterior, ya que proporcionan elementos reflexivos y de nuestra experiencia como nación en la materia, los cuales ayudan en la orientación de las decisiones que en determinados momentos hay que tomar para enfrentar los retos de orden internacional.

La diversidad de las investigaciones que se realizan a partir de la documentación que resguarda el archivo histórico expresan la variedad de temáticas contenidas en los mismos. Es decir, la labor diplomática no se restringe a los ámbitos de lo político o de lo económico, que son algunos de los ejes de las relaciones internacionales, sino que también abarcan los más indistin-

tos aspectos que convocan a la cooperación y acuerdos de las naciones. De tal suerte que, temas como educación, cultura, ciencia y tecnología, salud, entre otros, también son susceptibles de ser estudiados a través de los documentos históricos del Archivo Genaro Estrada.

Otro momento importante en la difusión del material histórico bajo resguardo, se debe al hecho de que muchas de estas investigaciones promovidas encuentran su concreción en el Programa de Publicaciones del mismo Acervo Histórico, el cual es sancionado por la Comisión Editorial de la SRE. De esta forma se busca contribuir al conocimiento de la historia diplomática de nuestro país, tanto para el uso de los especialistas en la materia, como de la sociedad en general.

Dentro de este esquema que conjuga la investigación y su posterior publicación, cobran relevancia las investigaciones ganadoras o reconocidas con el Premio Genaro Estrada, distinción con la que año con año la Secretaría de Relaciones Exteriores premia a las mejores tesis de licenciatura, maestría y doctorado, así como investigaciones académicas, cuyos temas versan sobre la historia de las relaciones internacionales y la política exterior de México. Dicho premio consiste en un estímulo económico y en la posibilidad de publicación de la obra, con lo que se enriquece la producción editorial de la SRE.

Con esta distinción se incentiva al estudio de la actividad diplomática en México, cuyo sustento es en parte el análisis de la documentación histórica bajo nuestro resguardo, así como la generación de conocimiento útil para la sociedad, al tiempo que se motiva la actividad académica de las instituciones de educación superior, principalmente de nuestro país. De esta forma, el Acervo Histórico no sólo conserva y protege una parte muy relevante de la memoria documental de nuestro país, sino que también impulsa su divulgación a través de la reflexión académica en torno a los procesos históricos de los que, en el ámbito internacional, México ha sido partícipe.

Más recientemente, la labor de difusión del material documental e iconográfico del Acervo Histórico, así como de su relevancia en los hechos y procesos históricos de los que forman parte, se ha extendido a través de las redes sociales; con lo que se actualizan y amplían el espectro y las formas de conocimiento social al respecto.

III. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales que México ha suscrito a lo largo de su historia bajo diversas motivaciones y circunstancias son elementos sustanciales de

la documentación que resguarda el Archivo Histórico. De vital importancia para los tratados es su ratificación, pues es en realidad por virtud de ésta que aquellos serán revestidos de validez, en tanto significa la aceptación de las partes. A diferencia de otros documentos que recorren un largo ciclo antes de poder llegar finalmente al Archivo Histórico, los tratados tienen un ingreso directo, ya que en principio son textos que por sus implicaciones vigentes y por su trascendencia requieren de un resguardo especial.

Para tal efecto, el Acervo cuenta con la Bóveda de Tratados, un espacio de alta seguridad en el que se alojan los aproximadamente 12 000 documentos entre los textos mismos de los tratados, ratificaciones, adhesiones, plenos poderes, modificaciones, etc. En ese espacio, además del resguardo, se efectúan las labores de registro y asignación de números de controles para cada documento. Para destacar su importancia o incluso su valor estético, los documentos, particularmente las ratificaciones, son exhibidos en vitrinas de exposición; mismas que protegen algunos de los textos más significativos de la historia de las relaciones exteriores de México.

La riqueza implícita en el resguardo conjunto de este tipo de documentos, así como la calidad y sensibilidad con la que se lleva a cabo, mereció que en 2018 la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) declarara Memoria del Mundo al conjunto de tratados y acuerdos internacionales suscritos por México entre 1823 y 2016, conservados en la Bóveda de Tratados del Acervo Histórico Diplomático de la SRE, por el valor excepcional y el interés que esta colección representa para el patrimonio documental de la humanidad.

En este sentido, los tratados internacionales que ha firmado México, además de representar las bases jurídicas de la nación en su relación con el mundo, también son, al igual que el resto de la documentación del Archivo Genaro Estrada, instrumentos valiosos para fomentar la reflexión y la creación de conocimiento histórico.

De manera que los tratados internacionales pueden ser estudiados en una perspectiva de conjunto o bien de manera individual, más allá de las implicaciones jurídicas particulares que en principio son su razón de ser y por tanto les vuelve de interés prioritario para el fin de su análisis.

Vistos los tratados en su conjunto, las materias propias que estos consideran son indicativas de las vicisitudes y circunstancias que ha atravesado México en su conformación como nación.

En este tenor, los primeros tratados firmados por nuestro país a partir de su independencia, estuvieron encaminados a reafirmar su soberanía y consolidar su territorio. Desde el primer tratado firmado en 1823 con Co-

lombia, que significó el primer reconocimiento a su condición soberana, siguiendo con los que en las décadas siguientes fue estableciendo con otros países del orbe en calidad de Tratados de Amistad y Comercio.

De esta manera, estos primeros tratados se centraron en su reconocimiento como país independiente y sentaron las bases de su relación con el mundo. A través de ellos se puede vislumbrar el proceso mediante el que México consolidó esta condición y las características con las que se fue insertando en el contexto internacional, dadas las circunstancias de contexto del momento.

Dentro de este marco, uno de los más significativo por sus implicaciones, fue el Tratado de Amistad con España, también conocido como de Santiago de Calatrava, ya que, en él, la antigua metrópoli por fin reconocía el carácter independiente del territorio que fuera su colonia.

De igual forma, la cuestión de la definición de sus límites territoriales fue una constante en ese periodo. Resultado de la guerra y de las negociaciones consecuentes a la misma, el actual territorio nacional se fue configurando a lo largo del siglo XIX, en el caso de la frontera norte, de manera desafortunada por medio del Tratado Guadalupe-Hidalgo, a partir del cual se estableció la nueva frontera con Estados Unidos. Asimismo, en un proceso similar, sin guerra, pero no exento de tensiones, se verificó para delinear las fronteras con nuestros vecinos del sur, particularmente con Guatemala.

Para el siglo XX, con una mayor estabilidad institucional, México estuvo en condiciones de involucrarse en diversos aspectos de la dinámica internacional, con lo que su involucramiento en tratados o convenios multilaterales sobre la cooperación en los más diversos temas se fue haciendo una constante. Fue precisamente durante el Porfiriato en que nuestro país suscribiría la Convención de Ginebra, así como otras Convenciones relacionadas con la cooperación técnica y científica.

Es costumbre que se designe como depositario al gobierno del país que promueve un determinado tratado o en cuyo territorio se celebra la conferencia que lo adopta. En este sentido, México y por lo tanto el Acervo Histórico, son depositarios de varios tratados; entre ellos, el de la Convención sobre Canje de Publicaciones Oficiales Científicas, Literarias e Industriales, suscrito el 27 de enero de 1902 en la II Conferencia Internacional Americana, efectuada en la ciudad de México; el Convenio complementario del Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional realizado por quien no sea el transportista contractual, firmado en Guadalajara el 18 de septiembre de 1961; el Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina (Tratado de Tlatelol-

co), abierto a firma en la Ciudad de México el 14 de febrero de 1967; y el Convenio para la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, abierto a firma en las ciudades de México, Londres, Moscú y Washington a partir del 29 de diciembre de 1972.

Lo anterior da cuenta de la participación de México en la construcción del marco jurídico internacional para la atención de los problemas más apremiantes de la humanidad.

En las últimas décadas y ante la mayor complejidad de las dinámicas sociales que han adquirido un carácter globalizado, se han diversificado las materias e instrumentos jurídicos mediante los que las naciones estructuran sus relaciones. Además de los Tratados, los acuerdos internacionales permiten la participación de otros actores sociales que bajo la representación nacional, participan de los intercambios económicos, políticos y culturales.

Por ejemplo, la tendencia a la integración económica regional, binacional o mundial ha motivado la concertación de diversos tratados de libre comercio que han impactado en las transformaciones de la dinámica productiva y comercial mundial, así como en las distintas posibilidades de desarrollo de las economías nacionales.

De igual forma, ante el hecho de que las actividades ilícitas del crimen organizado no respetan fronteras y aprovechan los mecanismos que los países han creado para otros fines, la cooperación en materia jurídica y de seguridad se vuelve indispensable y parte sustancial de las relaciones internacionales.

México no ha sido ajeno a estas realidades por lo que su actividad diplomática en materia de tratados y acuerdos internacionales se ha intensificado en las últimas décadas, con lo que dichos documentos se convierten en evidencia de las circunstancias que enfrenta el mundo contemporáneo y la particular participación de México en los compromisos asumidos por la comunidad internacional.

En lo que refiere al análisis de los distintos tratados en un ámbito particular, indudablemente la perspectiva jurídica es una de las materias primordiales para su abordaje. Pero también resulta importante para su mejor comprensión el análisis histórico que se posibilita por medio de toda la documentación que se genera alrededor de la concertación y firma de un determinado tratado.

Es necesario tomar en cuenta que de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se establecen seis etapas básicas para que los mismos tengan validez y vigencia: negociación y adopción del texto, firma, aprobación interna, manifestación del consentimiento en obligarse a un tratado, ratificación y el registro ante la ONU.

Por otro lado, conforme a la legislación mexicana en materia de firma de tratados, es decir la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley sobre la Celebración de Tratados, y la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica; el proceso de establecimiento de este tipo de mecanismos involucra a diversos actores del Estado mexicano que tienen relevancia en los distintas etapas ya mencionadas.

Sin embargo es el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores quien generalmente encabeza los procedimientos, aunque también intervienen de manera relevante: la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, la Secretaría de Gobernación y el Senado de la República.

De lo anterior, particularmente del papel que desempeña la SRE, resulta evidente que los testimonios documentales que se generan a lo largo de la construcción de los tratados, en gran medida corresponden a esa entidad y por lo tanto, a su resguardo administrativo e histórico. Esta información documental es también muy variada si consideramos que se produce en cada una de las etapas necesarias para cumplimentar lo señalado en el derecho internacional para que un tratado tenga plena vigencia y validez.

La duración y circunstancias en que se desarrollan cada una de las etapas para establecer obligaciones internacionales pueden ser muy variadas. Por ejemplo, las negociaciones que se desarrollan a partir de manifestación de alguna de las partes pueden durar incluso varios años o atravesar procesos previos para llegar al resultado final, como puede ser el caso de instrumentos multilaterales. Este tipo de acuerdos conlleva negociaciones a diversos niveles entre los países involucrados, las cuales se van determinando por los contextos internacionales o locales, lo que ocasiona que en determinados momentos haya avances al respecto, pero en otros puede haber estancamiento e incluso retrocesos.

La comprensión a cabalidad de las significaciones que encierra cada una de las etapas del proceso y que finamente arroja luces sobre las características del producto final, es decir, de un determinado tratado en específico; es posible gracias al análisis de toda la documentación que se genera en cada una de ellas y que cuando adquiere carácter histórico, es conservada y disponible para consulta en el Archivo Histórico Genaro Estrada.

En consecuencia, el material documental, iconográfico, cartográfico y bibliográfico conservado en el Acervo Histórico Diplomático, no sólo representa la memoria de la relevante actividad diplomática de nuestro país, sino que en términos prácticos es también el espacio apropiado para investigar las circunstancias históricas y del contexto en el cual tienen lugar dichos convenios, pudiendo lograr una mayor profundidad en los sentidos y significaciones de los mismos.

IV. PUBLICACIONES Y TRATADOS

Precisamente, la conjugación de la investigación y la difusión a través de las publicaciones del Acervo Histórico Diplomático, ha sido parte de un interés constante por realizar ediciones que abordan desde distintas aristas la importancia de los tratados más relevantes que ha firmado México, ya sea con el fin de difundir su contenido específico, así como las circunstancias históricas en que tuvieron lugar.

En este sentido, se han producido trabajos de carácter general como la obra *Tratados de México. Soberanía y territorio 1821-1910*,¹ en el que desde una valoración histórica se pondera la naturaleza de los convenios establecidos por nuestro país durante el siglo XIX, la mayoría de los cuales significaron el reconocimiento como nación independiente y su conformación territorial con respecto a sus vecinos colindantes.

De igual forma, con motivos conmemorativos y para tener presentes los vínculos históricos de amistad con algunos países, se han llevado ediciones especiales de algunos tratados de carácter bilateral en los que la reproducción de los tratados mismos se acompaña de estudios de carácter histórico, como han sido los casos del Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua entre México y Colombia,² o los tratados comerciales con Grecia, El Salvador y Costa Rica. Entre estas ediciones especiales se encuentra también la que conmemora los 50 años de la firma del Tratado de no proliferación de armas nucleares, conocido comúnmente como Tratado Tlatelolco,³ significativo por la iniciativa y empeño de México sobre su consecución.

El análisis jurídico de los tratados también se ha tomado en cuenta dentro del marco de las ediciones de la SRE. En este ámbito, las obras *Derecho diplomático y tratados*,⁴ y *Tratados. Legislación y práctica en México*,⁵ contribuyen a la comprensión de la significación jurídica y procedimientos asociados a su realización.

Estos son algunos ejemplos de la manera en que, a partir de la invaluable documentación que contiene el Acervo Histórico Diplomático, se pro-

¹ Josefina Zoraida Vázquez y María del Refugio González, *Tratados de México. Soberanía y territorio 1821-1910*, México, SRE, 2000, 296 pp.

² *Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua entre México y Colombia*, México, AHD/SRE, 2016.

³ Mónica Serrano, *El Tratado de Tlatelolco. Una mirada retrospectiva a medio siglo de su firma*, SRE/AHD, 2017.

⁴ Raúl Valdés y Enrique Loesa, *Derecho Diplomático y Tratados*, México, SRE, 1993.

⁵ Jorge Palacios Treviño, *Tratados. Legislación y práctica en México*, 4a. ed., México, AHD-SRE, 2007.

mueve la difusión e investigación sobre el devenir histórico de las relaciones internacionales de México, particularmente de los tratados internacionales.

Conmemorar los 50 años de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados resulta una buena oportunidad para valorar la importancia de estos instrumentos en relación con sus aportaciones al orden internacional en distintos aspectos, pero también a un mayor conocimiento de ellos desde diversas posturas epistemológicas, entre ellas, además de la jurídica, la de orden histórico.

En este último sentido, también es importante considerar la relevancia de sus procesos de conservación y archivísticos, para mantener las posibilidades planteadas en este trabajo y contribuir a garantizar el acceso a la información, a la memoria y a la generación de conocimiento útil y necesario para la sociedad mexicana.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- PALACIOS TREVIÑO, Jorge, *Tratados. Legislación y práctica en México*, 4a. ed., México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Acervo Histórico Diplomático, 2007.
- SERRANO, Mónica, *El Tratado de Tlatelolco. Una mirada retrospectiva a medio siglo de su firma*, Acervo Histórico Diplomático-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2017.
- Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua entre México y Colombia*, México, Acervo Histórico Diplomático-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2016.
- VALDÉS, Raúl y Enrique LOAESA, *Derecho Diplomático y Tratados*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1993.
- VÁZQUEZ, Josefina Zoraida y María del Refugio GONZÁLEZ, *Tratados de México. Soberanía y territorio 1821-1910*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2000.

SEMBLANZAS CURRICULARES

Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ. Doctora en Derecho Ambiental por la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigadora por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. Catedrática de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho. Miembro de Red Temática de Toxicología de Plaguicidas.

Manuel BECERRA RAMÍREZ. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Director del a Anuario Mexicano de Derecho Internacional y profesor de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la UNAM. Autor de trabajos sobre derecho internacional y propiedad intelectual.

Luis Ángel BENAVIDES HERNÁNDEZ. Licenciado y Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestro y doctor en Derecho Internacional por el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, Suiza. Ha colaborado en el Panel de Expertos del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para el Sudán y la República Centro Africana. Es miembro del Comité Editorial del Anuario Mexicano de Derecho Internacional y ex miembro del Comité Editorial del International Legal Materials. Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Gabriel FERRER ORTEGA. Doctor en Derecho con Mención Honorífica por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. Maestro en Estudios Diplomáticos por el Instituto Matías Romero de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) y *Laws Master* por la Universidad de Houston. Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM y tutor del posgrado de Derecho, Miembro del Servicio Exterior Mexicano.

Mario Enrique FIGUEROA MATUZ. Miembro del Servicio Exterior Mexicano desde 2003, fue director de Litigios en la Consultoría Jurídica de la SRE, Director General Adjunto de Asuntos Jurídicos de la SRE y actualmente se desempeña como Cónsul Adscrito en el Consulado de México en San Diego, con el rango de Primer Secretario. Es Licenciado en Derecho por la Universidad de Sonora. Maestro en Derecho por la Universidad de Houston y Maestro en Derecho por la Facultad de la Barra Nacional de Abogados.

Gerardo GUERRERO GÓMEZ. Miembro del Servicio Exterior Mexicano. Fungió como Director General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Consultor Jurídico Adjunto “B” de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Actualmente, es Cónsul Titular en el Consulado de México en Saint Paul. Ha participado en negociaciones bilaterales y multilaterales, y ha sido delegado de México en conferencias ante el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Alianza para el Pacífico, entre otras. Licenciado en Derecho por la FES Acatlán-UNAM; posgrado sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior por el ITAM y Maestro en Derecho por la Universidad de Houston. Ha sido profesor de Derecho Internacional Público y de Derecho de los Tratados en la Universidad Iberoamericana.

Rodolfo GODÍNEZ ROSALES. Doctor en Derecho Ambiental por la Universidad Nacional Autónoma de México, con Maestría en la misma especialidad por Queen Mary College, Universidad de Londres, así como cursos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya y la Universidad del Este de Finlandia. A lo largo de su carrera ha trabajado en diversas dependencias públicas, entre ellas la Secretaría de Energía, el Instituto Nacional de Ecología, la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con una amplia trayectoria en negociaciones ambientales multilaterales.

Fabiola JIMÉNEZ MORÁN SOTOMAYOR. Doctora en Derecho con mención honorífica por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Es maestra en Derecho Internacional Público por la Université de Rennes 1 y licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Es miembro del Servicio Exterior Mexicano desde 2010. Actualmente es investigadora visitante en la Universidad de Guadalajara.

Fausto KUBLI GARCÍA. Doctor, maestro y licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Su tesis de doctorado, *Régimen jurí-*

dico de la bioseguridad de organismos genéticamente modificados, fue galardonada en 2009 por el Gobierno de la República Mexicana con el primer lugar en la categoría derecho público y, posteriormente, fue editada como libro. Es autor de varias publicaciones, entre los que destacan libros, artículos arbitrados, capítulos de libro y un cuento. Su más reciente obra es *Instituciones de rendición de cuentas en Estados Unidos de América* (Tirant lo Blanch, 2020). Actualmente es profesor de carrera de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador nacional del Sistema Nacional de Investigadores.

Gregorio Joaquín LOZANO TREJO. Actualmente Director de Historia Diplomática y Publicaciones en el Acervo Histórico Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Licenciado en Historia por la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, misma institución en la que realiza estudios de maestría en Historia. Ha colaborado en diversos proyectos de investigación relacionados con la historia de la Universidad, de la Educación y de la Ciencia, varias de ellas en el Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación (IISUE) de la UNAM, de las que se han desprendido diversas conferencias en congresos, así como la publicación de artículos en libros y revistas. Formó parte del Consejo Consultivo de Formación Cívica y Ética de la Subsecretaría de Educación básica de la SEP de 2007 a 2009 y ha ejercido la docencia en el Instituto de Educación Media Superior del DF, así como en las facultades de Filosofía y de Ciencias Políticas de la UNAM.

Gabriela MORENO HIDALGO. Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Por más de quince años ha colaborado en la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), siendo responsable de temas como: protección internacional de la persona y acción humanitaria; derecho penal internacional y derecho de los tratados —con especial énfasis en las regiones de América Latina y el Caribe, África, Medio Oriente y Asia—. Fungió como investigadora principal y coautora de la obra *México: relación de tratados en vigor*, responsable de la creación, diseño y puesta en marcha del sitio web “Tratados Internacionales celebrados por México”. Actualmente se desempeña como Directora de Tratados I de la Consultoría Jurídica y participa como representante de la SRE en el Grupo Técnico de Asuntos Institucionales de la Alianza del Pacífico.

Laura Beatriz MORENO RODRÍGUEZ. Es doctora en Historia Moderna y Contemporánea por el Instituto de Investigaciones Dr. José Ma. Luis Mora. Sus líneas de investigación giran en torno al estudio de los exilios centroa-

americanos y caribeños en México en el siglo XX. Coordinadora académica del proyecto PAPIIT/UNAM “Exilios españoles desde Latinoamérica. Nuevas perspectivas históricas y de investigación” (2019-2020). Sus aportes más recientes versan específicamente sobre nicaragüenses y cubanos exiliados en México. Es autora de capítulos y artículos sobre los exilios latinoamericanos en México y su más reciente libro en coautoría es *El asesinato de Julio Antonio Mella. Informes cruzados entre México y Cuba* (INAH, 2018); y se encuentra en proceso de publicación “México frente al exilio cubano en México, 1925-1940”.

Martín de Jesús MUÑOZ LEDO VILLEGAS. Miembro del Servicio Exterior Mexicano con rango de Consejero y Director de Derecho Internacional II de la Consultoría Jurídica de la SRE. Maestro en Estudios Diplomáticos por el Instituto Matías Romero de la SRE. Licenciado en Derecho con especialidad en Administración Pública por la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA. Licenciada en Derecho y especialista en Derecho de la Unión Europea y en Derecho Internacional Económico por la Escuela de Derecho de la Sorbona (Sorbonne Law School) de la Universidad París I. Maestra y doctora en Derecho Internacional por la UNAM. Actualmente es investigadora en el área de Derecho Internacional del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM. Es autora de dos libros y ha publicado trabajos académicos en obras colectivas y revistas especializadas en México y en el extranjero.

Gabriela RODRÍGUEZ HUERTA. Es abogada por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Maestra y doctora en Derecho por la UNAM. Profesora-investigadora de tiempo completo del Departamento Académico de Derecho del ITAM. Ha sido directora de la Licenciatura en Derecho del ITAM y también fue Directora fundadora de la Maestría en Derechos Humanos y Garantías del ITAM. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Tiene diversas publicaciones en temas de derecho internacional, derechos humanos, política exterior.

Iliana RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ. Abogada internacionalista, egresada de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), con menciones *summa cum laude* desde la licenciatura en Derecho, la maestría en Relaciones Internacionales y el grado doctoral en Derecho. Es profesora-investigadora del Tecnológico de Monterrey Campus Ciudad de México y miembro del Sistema

Nacional de Investigadores (SNI), Nivel II, del CONACYT. Es investigadora invitada del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el grupo de investigadores bajo la dirección del Dr. Manuel Becerra Ramírez. Forma parte de la International Law Association (ILA) y del Think Tank del Consejo Mexicano de Asuntos Internacionales (COMEXI). Ha participado y colaborado en universidades como Columbia University (NY), Brigham Young University (BYU Utha), Georgetown Law School (Washington D.C.), John F. Kennedy School of Government at Harvard University, entre otras. Dentro de sus publicaciones destacan los libros *El altermundismo como vía ciudadana en la globalización*, *Sustentabilidad en México*, *La Soberanía en tiempos de globalización* y *La transición democrática en Iraq*. Es analista permanente de política internacional en el Canal 22 de televisión pública y colaboradora de medios nacionales e internacionales como El Financiero Bloomberg, Radio Educación, WRadio, CNN, BBC, Aljazeera entre otros.

Ulises RUIZ-LOPART ESPINOSA. Profesor de cátedra de la Facultad de Derecho de la UNAM y del ITESM. Doctorando en la División de Estudios de Posgrado en Derecho de la UNAM.

Eric TARDIF. Licenciado en Ciencias Comerciales y en Derecho por la Universidad de Ottawa (Canadá), cuenta con maestría y Doctorado en Derecho por la UNAM. Profesor por examen de oposición para la materia de Derecho Internacional en la misma Institución, habiendo también impartido clases y cursos organizados por instituciones públicas y privadas como el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, la Universidad para la Paz de las Naciones Unidas en San José, Costa Rica, así como la American University de Washington, D.C. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, y en 2017 fue Visiting Fellow en el Changing Character of War Centre de la Universidad de Oxford. Entre sus demás experiencias profesionales, ha ejercido en la práctica privada y trabajado en la Procuraduría General de la República; actualmente es asesor jurídico en el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS. Profesor de carrera adscrito a la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales y al posgrado de Derecho de la UNAM. Doctor en Relaciones Internacionales y doctor en Ciencias Políticas y Sociales por la UNAM. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Investigador posdoctoral del Instituto de Investigaciones Jurídicas IIJ-UNAM e investigador invitado del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

Presidente de la Comisión Dictaminadora en Ciencias Sociales del SNI-CO-NACYT. Coordinador del Seminario Permanente de Derecho Internacional FCPyS-UNAM. Fundador del Seminario de Estudios de Política Comparada en Relaciones Internacionales de la UNAM. Miembro de Número de la International Studies Association (ISA), de la Academia de Ciencia Política de los Estados Unidos de América, y de la Academia Mexicana de Ciencias.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. A 50 años de codificación y desarrollo progresivo, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Secretaría de Relaciones Exteriores, se terminó de imprimir el 7 de febrero de 2022 en los talleres de Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, San Jerónimo Chicahualco, Metepec, 52170 Estado de México, tel. 72 2199 1345. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros.

Consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).

Para el derecho internacional, el siglo XX fue copioso en grandes tratados internacionales que cumplieron una labor de codificación de las normas desarrolladas a través de los siglos. Así tenemos, entre otras, las convenciones sobre derecho del mar, sobre derechos humanos, sobre derechos diplomático y consular, pero sin duda una de las más trascendentes ha sido la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969.

Después de medio siglo de existencia, la CVDT ha sido un documento básico en las relaciones internacionales por diferentes razones. En principio, por su codificación y su desarrollo progresivo (las normas de *jus cogens*) representa un esfuerzo muy valioso de codificación de siglos de creación de normas consuetudinarias sobre derechos de los tratados y, después, porque ha sido el punto de partida del desarrollo del mismo derecho de los tratados.

Teniendo como punto de referencia el medio siglo de la CVDT, en este libro se convocó a una serie de juristas internacionalistas que con su experiencia práctica y conocimientos teóricos pudieron analizar el tema de los tratados internacionales. El resultado de esta convocatoria es el contenido en este libro, en donde se dilucidan algunos aspectos de la temática que presentan los tratados internacionales en la actualidad.

