

LOS 50 AÑOS DE LA CONVENCION DE VIENA DE DERECHO DE LOS TRATADOS

50 YEARS OF THE VIENNA CONVENTION
ON THE LAW OF TREATIES

*Augusto Hernández Campos**

RESUMEN

La Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 tiene una importancia angular en el orden jurídico internacional contemporáneo al regular la condición de los tratados para los Estados partes, y para los Estados no partes por su condición de ser, en su mayor parte, declaratoria del derecho consuetudinario. La finalidad de este artículo es revisar la naturaleza y características más relevantes de la Convención como sus principales disposiciones, su ámbito de aplicación material y temporal, el grado de codificación de la costumbre, y los temas excluidos por CVDT.

* Doctor en Derecho y Ciencia Política, *summa cum laude*, 2010 (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, UNMSM). Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Catedrático de Derecho Internacional Público de la UNMSM. Profesor del Doctorado en Derecho de la UNMSM. Profesor del programa de estudios postdoctorales del CAEN. Profesor de la Escuela de Relaciones Internacionales de la USIL. Exdirector de las Escuelas de Derecho y de Ciencia Política de la UNMSM. Editor del Anuario Peruano de Derecho Internacional, Revista Peruana de Ciencia Política, y la Revista Peruana de Estudios del Asia-Pacífico (UNMSM). Miembro Titular de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, y de la American Society of International Law.

ABSTRACT

1969 Vienna Convention on the Law of Treaties has a great importance in the contemporary international legal order when regulating the condition of treaties for state parties, and for non state parties for its condition of being declaratory treaty of international customary law. The objective of this article is to review the nature and most relevant features of the Convention as its main provisions, the scope of its material and temporary application, the degree of codification of the custom, and excluded issues of the VCLT.

Palabras clave: Derecho de los Tratados, codificación del derecho internacional, desarrollo progresivo del derecho, los tratados como objeto.

Keywords: Law of Treaties, codification of international law, progressive development of law, treaties as object.

- - -

INTRODUCCIÓN

Lord McNair, quien fuera en vida la máxima autoridad mundial en Derecho de los Tratados, describió una vez a los tratados como los únicos caballos de batalla, sobrecargados de trabajo, del orden jurídico internacional.¹

Los tratados tienen una importancia histórica que se remonta a los albores de la civilización según nos describe Sir Arthur Watts: “Junto con la necesidad de los Estados para comunicarse con otros por medio de representantes enviados de un Estado a otro, la necesidad de los Estados de formular acuerdos con otros Estados hacen del derecho de los tratados una de aquellas áreas del derecho internacional cuyas raíces se remontan a tiempos históricos”.²

¹ Arnold D. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1961).

² Sir Arthur Watts, *The International Law Commission 1949-1998*, vol. 2, The Treaties, Parte II (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 609.

Asimismo, los tratados representan en la actualidad la principal fuente de derecho internacional, y el derecho de tratados se mantiene como un pilar angular del derecho internacional público. Más de 158.000 tratados se han registrado en las Naciones Unidas.³ En muchos campos, los tratados han reemplazado al derecho internacional consuetudinario, especialmente mediante el proceso de codificación. El derecho que regulaba tradicionalmente a los tratados era el derecho consuetudinario.

Empero, en 1969, una gran parte fue codificada por la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. La importancia de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 se remarca después de 50 años de creada y después de 39 años de vigencia, con 116 Estados parte, lo que se evidencia cuando la CVDT es llamada por la doctrina como el “Tratado de los Tratados”, por su función desempeñada, de manera no oficial, como el tratado que regula el funcionamiento de los tratados internacionales.

La importancia de la CVDT en el proceso de codificación del derecho internacional lo remarca Sir Ian Sinclair cuando afirma que: “Teniendo en cuenta el significado de los tratados como fuente primaria de derecho internacional, y teniendo en cuenta igualmente el alcance y complejidad del derecho de los tratados se puede permitir expresar satisfacción que esta mayor empresa en el campo de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional [...] ha llegado a su conclusión, y lo ha logrado en la forma de una Convención que ha atraído apoyo suficiente de los Estados [...]”.⁴ Sir Ian Brownlie había afirmado que cuando fue adoptada no se podía haber dicho que la CVDT era en su totalidad declaratoria del derecho internacional general, pues diversas disposiciones involucraban claramente desarrollo progresivo y añadió: “Sin embargo, ha tenido una muy fuerte influencia, y un gran número de artículos básicamente son ahora declaratorios del derecho existente; aquellos que no lo son constituyen evidencia supuesta de reglas emergentes. Sin duda sus disposiciones son

³ *Vid.*, Jan Wouters *et al.*, *International Law: A European Perspective* (Oxford: Hart Publishing, 2019), p. 61.

⁴ Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester: Manchester University Press, 1984), p. 1.

vistas como fuente primaria de derecho, sin importar si la CVDT se aplica a un tratado en un caso determinado.”⁵

La finalidad de este ensayo es destacar las características principales de la CVDT y los aportes más relevantes de la Convención al Derecho de los Tratados en particular y al Derecho Internacional en general, así como destacar la importancia que tiene para los Estados de la sociedad internacional.

Para cumplir con tal fin, teniendo en cuenta las limitaciones inherentes a este ensayo, se revisaran los siguientes temas: las nociones de tratado y derecho de los tratados, el doble enfoque del estudio de los tratados en el derecho internacional, los antecedentes en la codificación, la labor de la Comisión de Derecho Internacional en codificar el Derecho de los Tratados, las principales disposiciones de la CVDT, la flexibilidad de la redacción de la Convención, el ámbito de aplicación, la CVDT como tratado declaratorio del derecho consuetudinario, la cuestión de las reservas, la interpretación de tratados, la Parte V de la Convención, y los temas de derecho de los tratados no incluidos en la Convención.

1. LOS TRATADOS Y EL DERECHO DE LOS TRATADOS

1.1. Definición de tratado

Los tratados, bilaterales o multilaterales, suelen definirse como acuerdos regidos por el derecho internacional. Según Thomas Buergenthal, dado que el derecho internacional rige las relaciones entre los sujetos de derecho internacional (Estados u organizaciones intergubernamentales), se desprende que los acuerdos entre tales sujetos son, como regla general, tratados. Empero, algunos acuerdos celebrados entre Estados u organizaciones internacionales pueden ser regulados, de forma expresa o implícita, por el derecho interno.⁶ Una definición derivada de la planteada

⁵ Sir Ian Brownlie, *cit.* por James Crawford (ed.), *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 367-368.

⁶ *Vid.*, Thomas Buergenthal y Sean Murphy, *Public International Law in a nutshell* (St. Paul: West Academic Publishing, 2013), p. 125.

por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sería que “el tratado es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales, y que está regido por el derecho internacional”.⁷ A juicio de Eduardo Jiménez de Arechaga, “[...] el tratado puede ser definido como una concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinado a producir efectos jurídicos, es decir crear, modificar o suprimir una relación de derecho y regido por el Derecho Internacional.”⁸

Para fines de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados (CVDT), un “tratado” se define como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (art. 2, par. 1, inc. a, CVDT).

1.2. Definición de derecho de los tratados

Siguiendo al eminente y desaparecido especialista en las fuentes del derecho internacional y profesor de la Universidad de Cambridge, Clive Parry, el Derecho de los Tratados es la “parte del sistema de derecho internacional que corresponde al derecho interno de los contratos, y de la cual depende la validez y el efecto de los tratados. Porque cualesquiera que sean las cualidades o valores que un tratado pueda tener, el proceso de su formación es uno de acuerdo voluntario, es contractual.”⁹ Para Clive Parry: “El tratado es así, en su rol primario, el contrato del sistema jurídico internacional”.¹⁰ Según el connotado profesor emérito de la Universidad Autónoma de Madrid, Antonio Remiro Brotons, el “Derecho de los tratados es el conjunto de normas, internacionales e internas, que rige la vida de los tratados desde su formación a su terminación, pasando por todos sus efectos y alteraciones.”¹¹

⁷ CDI, *Yearbook of the International Law Commission*, 1962, vol. II, p. 31.

⁸ Eduardo Jiménez de Arechaga *et al.*, *Derecho Internacional Público*, T. 1 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005), p. 242.

⁹ Clive Parry, “Derecho de los Tratados”, *Manual de Derecho internacional Público* (México: Fondo de Cultura Económica, 1985), p. 202.

¹⁰ Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1965), p. 30.

¹¹ *Id.*, Antonio Remiro Brotons *et al.*, *Derecho Internacional: Curso General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), p. 239.

La CVDT de 1969 codifica una parte del Derecho de los Tratados, hasta entonces consuetudinario, y se centra en regular tratados entre Estados. La Convención obliga formalmente solo a los Estados partes, pero un buen número de disposiciones de la Convención reflejan las prácticas preexistentes y la prevaleciente *opinio iuris*. Por tanto, la Convención es de importancia incluso en las relaciones entre y con Estados no partes.

2. EL ESTUDIO DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Los tratados son estudiados en el marco general del Derecho Internacional (DI) en dos ámbitos: (1) se analiza a los tratados cuando se estudia a las fuentes del Derecho Internacional y como los tratados crean reglas jurídicas válidas para el sistema internacional, y (2) se examina a los tratados como objeto de regulación en el llamado Derecho de los Tratados, esto es como se regula al tratado en su estructura, elementos y funcionamiento.

2.1. Los tratados y su estudio dentro de la teoría de las fuentes

Los tratados son estudiados dentro de las fuentes de derecho internacional debido a su capacidad para crear reglas jurídicas internacionales. En el marco de la teoría de las fuentes del derecho internacional se estudia como los tratados crean normas legales obligatorias para el sistema internacional que regulan las relaciones entre los Estados y demás sujetos de derecho internacional. La enumeración más autorizada de las fuentes de derecho internacional se halla en el Estatuto de la CIJ (Corte Internacional de Justicia), art. 38, par. 1. Mas, Sir Gerald Fitzmaurice afirmaba que los tratados eran fuente de obligaciones mas no de derecho, pues incluso los llamados tratados-legislativos no crean reglas de validez general, las que no podrían surgir de obligaciones particulares.¹²

¹² Sir Gerald Fitzmaurice, *cit.* por, Alain Pellet y Daniel Müller, “Article 38”, en: Andreas Zimmermann y Christian Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 850. Empero,

2.2. Los tratados como objeto de regulación por el derecho de los tratados

Sin embargo, es un estudio muy diferente el estudio de los tratados como objeto, esto es el tratado en sí mismo como un objeto de estudio. Aquí el Derecho de los Tratados estudia cómo se regula su formulación, su entrada en vigor y su terminación, estudia y regula su estructura, pero no estudia como el tratado crea reglas jurídicas para el sistema internacional, lo que es materia del estudio de los tratados como fuente.

Así, el estudio de los tratados como objeto de regulación examina las 3 fases de vida de los tratados: nacimiento, vigencia, y terminación. Los tratados son estudiados como objeto de regulación por el Derecho de los Tratados, una rama autónoma del Derecho Internacional. El Derecho de los Tratados era principalmente consuetudinario hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando comenzó su codificación con la Convención de Viena del Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969.

Antecedentes

Aunque la cantidad y la importancia de los tratados se había incrementado en el siglo XIX y comienzos del XX, entonces no existía un Derecho de los Tratados bien definido y estructurado, el cual era regulado por la fuente más antigua del Derecho, la costumbre. El termino tratado ya era considerado como de contenido vago y el estado del Derecho de los Tratados insatisfactorio debido a la falta de normas formales y procedimentales comunes aceptadas por los Estados. Pero, con la expansión de la importancia de los tratados, y como nos recuerda el profesor Karl Zemanek, a mediados del siglo XX, el Derecho de los Tratados consuetudinario se había expandido y constituía un conjunto de normas consistente.

Proyectos de códigos generales de tratados fueron preparados en el siglo XIX por David Dudley Field (1805-1894),¹³ Johann Caspar Bluntschli

el propio artículo 38 del Estatuto señala que las obligaciones del Estado surgen de tratados generales y particulares.

¹³ Field, fue un jurista estadounidense, escribió *Proyecto de Lineamientos de un Código Internacional* (1872). Este trabajo fue traducido al italiano y al francés y fue muy

(1808-1881)¹⁴ y Pasquale Fiore (1837-1914)¹⁵. Después, se realizan los primeros estudios para determinar la posibilidad de la codificación del Derecho de los Tratados con las actividades de la **Sociedad de las Naciones**. Así, el Comité de Expertos sobre Codificación del Derecho Internacional (creado en 1924) de la SDN cuando preparo una lista de materias para la codificación incluyo el tema de las conferencias internacionales y tratados internacionales. El resultado fue el Informe Mastny de 1926, presentado por el diplomático checoslovaco Vojtech Mastny¹⁶ (relator del Subcomité que presento el informe respectivo), que examinaba la cuestión de codificar las *Reglas para el procedimiento de las conferencias internacionales y la redacción de los tratados internacionales*.¹⁷ Sin embargo, cuando este Informe fue presentado ante el Consejo de la SDN, este consideró que el tema no era urgente y no se tomaron mas pasos en este sentido en el máximo organismo mundial.

bien recibido en el Reino Unido. Fue uno de los fundadores del Instituto de Derecho Internacional en 1873.

¹⁴ Bluntschli fue un jurista suizo. Escribio *Codigo de Derecho internacional moderno de los Estados civilizados* en 1868. Fue uno de los fundadores del Instituto de Derecho Internacional en 1873.

¹⁵ Fiore, connotado academico italiano, en 1890 escribio *Derecho internacional codificado y su sancion legal*.

¹⁶ Vojtech Mastny (1874-1954), diplomático checoslovaco. Desde 1924, miembro de la Comisión de Codificación de Derecho Internacional de la SDN. Embajador en Londres (1920-1925), Roma (1925-1932) y Berlin (1932-1939). El Ministerio de Relaciones Exteriores de la Republica Checa indica que el Dr. Vojtěch Mastný fue ministro checoslovaco (jefe de la mision diplomatica) en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en 1920-1925. *Vid.*, https://www.mzv.cz/london/en/about_us/ambassador/previous_ambassadors/index.html (fecha de consulta: 18 de julio del 2019). En el informe de la SDN, figura el primer nombre de Mastny, Vojtech, occidentalizado como Adalbert. *Vid.*, League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, *Report to the Council of the League of Nations on the Questions Which Appear Ripe for International Regulation* (Ginebra: 20 de abril de 1927), p. 6.

¹⁷ *Vid.*, League of Nations Committee of Experts, *op. cit.*, Informe del Subcomite sobre el Procedimiento de Conferencias Internacionales y el Procedimiento para la Celebracion y Redaccion de Tratados (Mastny, relator, y Szymon Rundstein, miembro), pp. 106-115. El Informe fue presentado en enero de 1926.

El 20 de febrero de 1928, bajo el auspicio de la **Unión Panamericana**,¹⁸ la Sexta Conferencia Internacional de los Estados Americanos, realizada en La Habana, adoptó la *Convención sobre Tratados* de La Habana. Esta Convención estaba estructurada en 21 artículos. Esta Convención se basaba en un proyecto solicitado en 1925 por la Junta Directiva de la Unión Panamericana al Instituto Americano de Derecho Internacional. Este proyecto titulado “Tratados” condujo, tras algunas modificaciones, a la Convención de La Habana. A diferencia del Informe Mastny, este tratado intentó ir mas allá de las formalidades de la redacción y celebración de tratados y examinó otros aspectos del derecho sustantivo. Se considera que la redacción de aquel instrumento tenía algunos defectos, como por ejemplo en que no existe definición del termino “tratado”; aparte, los principios incluidos eran fragmentarios y no contribuyeron significativamente a la clarificación del Derecho de los Tratados. Esta Convención teóricamente sigue en vigor, pero en la práctica se considera sucedida por la CVDT.

Empero, el avance más significativo en los antecedentes por la codificación lo representó el Proyecto de **Harvard** de Convención sobre el Derecho de los Tratados preparado (entre 1932-1935) por el equipo del *Harvard Research in International Law* de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard y publicado en 1935. Este Proyecto comprendía 36 artículos, y abarcaba gran parte del Derecho de los Tratados. Este Proyecto ayudó a clarificar muchos aspectos del Derecho de los Tratados de esa época. El aporte del Proyecto estriba en sus comentarios detallados con su compilación sistemática de la práctica estatal nacional e internacional, la jurisprudencia y análisis de la doctrina. Este Proyecto, su definición y reglas, representa el punto de referencia relevante para las investigaciones y estudios subsiguientes sobre el Derecho de los Tratados, incluyendo los de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

¹⁸ La Union Panamericana era la secretaria general de la Union de Repúblicas Americanas y después de su sucesora, la OEA (hasta 1967).

4. La labor de la comisión de derecho internacional

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas fue creada por la Asamblea General el 21 de noviembre de 1947, mediante la Resolución 174, con la finalidad de iniciar estudios y recomendaciones para “alentar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”. Dentro de los temas a ser incluidos en la agenda de su primera sesión de 1949 estuvo el Derecho de los Tratados, al que se le dio la máxima prioridad.

La CDI trabajó en el tema desde 1949 hasta 1966, y dedicó unas 292 reuniones. Una sucesión de eminentes académicos británicos internacionalistas fue designada por la CDI como Relatores Especiales sobre Derecho de los Tratados: James Brierly 1949-1952, Sir Hersch Lauterpacht 1952-1954, Sir Gerald Fitzmaurice 1955-1960, y Sir Humphrey Waldock 1961-1966 (este último se convertiría en Consultor Experto en la Conferencia de Viena). Ellos prepararon 17 Informes.

En el periodo de 1950 a 1961, las discusiones eran básicamente exploratorias y esporádicas. Los informes de los dos primeros relatores especiales se centraron en el asunto de la conclusión de tratados, incluyendo las reservas. El tercer relator, Sir Gerald Fitzmaurice, en un conjunto de seis informes cubrió gran parte del derecho de los tratados.

En 1955, Fitzmaurice planteó la cuestión crucial de presentar el proyecto en forma de código expositivo o de tratado internacional. Fitzmaurice favorecía un código expositivo, lo que fue ratificado por la CDI al año siguiente. Sin embargo, la Comisión reconsideró el asunto en 1961 por iniciativa de Waldock. Sir Ian Sinclair señala que fueron dos las razones por las cuales la CDI decidió desarrollar una Convención en lugar de un código:

“1. que un código expositivo, aunque este bien formulado, no podría, en realidad, ser tan efectivo como una convención con la finalidad de consolidar el derecho; y

2. que la codificación del derecho de los tratados mediante una convención multilateral daría a los nuevos Estados la oportunidad de participar directamente en la formulación del derecho si ellos lo quisieran, lo que

sería deseable con la finalidad de poner al derecho de los tratados en cimientos más amplios y seguros.”¹⁹

Dos asuntos fueron motivo de gran debate dentro de la Comisión: el tema de la terminación de un tratado y la cuestión de la garantía de las relaciones jurídicas creadas mediante un tratado en ausencia de la jurisdicción obligatoria de tribunales internacionales.

El proyecto de artículos de la CDI fue entregado en 1966 en un Informe a la Asamblea General.²⁰ Asimismo, en dicho Informe, la CDI recomendó a la Asamblea General que convocara una conferencia internacional para celebrar una convención sobre el tema. La Asamblea General debatió el tema en 1966 y 1967, y convocó una conferencia respectiva.

5. Entrada en vigor de la CVDT

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, realizada en Viena, en sus dos periodos de sesiones de 1968 y 1969 completo la Convención, la que fue adoptada el 22 de mayo de 1969 y abierta a la firma al día siguiente. El texto final de la Convención fue aprobado con 79 votos a favor, 1 en contra, y 19 abstenciones.

Después de recibir 35 ratificaciones, la Convención de Viena de Derecho de los Tratados entró en vigor el 27 de enero de 1980. Hasta enero del 2018, la Convención tenía 116 Estados partes, mientras que otros 15 Estados han firmado el instrumento. 65 Estados miembros de la ONU no tienen relación con la Convención.

A juicio de la doctrina, el retraso en la entrada en vigor se debió principalmente al hecho que los Estados estaban razonablemente satisfechos

¹⁹ Vid. Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester: Manchester University Press, 1984), p. 4. Cf., CDI, *Yearbook of the International Law Commission*, 1961, vol. II, p. 128.

²⁰ El Informe, que también comprende comentarios sobre el Proyecto de artículos del Derecho de los Tratados, aparece en el *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II.

con el derecho consuetudinario de los tratados con el que habían trabajado por largo tiempo, así como al hecho que tuvieran dudas sobre aquellas partes de la CVDT que se consideran representan desarrollo progresivo del derecho (principalmente los arts. 9 sobre la adopción del texto, 19-23 sobre reservas, 40-41 sobre enmienda o modificación de tratados multilaterales, y la Parte V sobre nulidad y terminación). Pero, tales dudas iniciales ya se consideran superadas.

Aun cuando solo 116 de los 196 Estados del mundo sean partes de la Convención, no significa que la CVDT no sea un éxito. En realidad, es como el exjuez de la Corte Internacional de Justicia, Sir Franklin Berman, afirmara: “[...] no es la cantidad de Estados que se han convertido en partes de la Convención lo que representa la clave de su significado, sino su amplia aceptación como una declaración autorizada del moderno derecho de los tratados sobre los sujetos a los cuales se aplica”.²¹

6. PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN

Las cuatro primeras partes de la CVDT (Partes I al IV) codifican el derecho consuetudinario entonces existente, aunque incluye algunas modificaciones debidas al desarrollo progresivo. La Parte V, se considera principalmente desarrollo progresivo del derecho.

La CVDT examina los 3 grandes campos de regulación del Derecho de los Tratados: la formulación de tratados (Partes I y II), la vigencia de los tratados (Partes III y IV), y la nulidad y terminación de los tratados (Parte V).

La CVDT es vista en muchos de sus aspectos por la jurisprudencia, especialmente la de la CIJ, como declaratoria del derecho consuetudinario.

Sir Robert Jennings señaló respecto a la importancia de la CVDT que:

²¹ Sir Franklin Berman, “Foreword”, en: Alexander Orakhelashvili y Sarah Williams (eds.), *40 years of the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2010), p. xi.

“Una parte importante de la costumbre y la jurisprudencia ha sido codificada y en parte desarrollada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969. Desde que la Convención examina los principales aspectos de un tratado en forma escrita, es ahora ineludible que las disposiciones de la Convención serán relevantes en cualquier exposición del derecho de tratados”.²²

Asimismo, el jurista británico agrega el papel de la CVDT como fuente:

“Pese a todo, se mantiene el cuerpo del derecho consuetudinario sobre tratados [...] y es claramente difícil, en cualquier tratado codificador, separar de forma segura, aquellas disposiciones que son declaratorias del derecho existente, de aquellas que son innovadoras, y de aquellas que han generado nueva costumbre. Este problema pertenece al estudio de las fuentes más que al derecho de tratados en sí [...]”.²³

Jan Klabbers destaca las dos elecciones conceptuales relevantes que hicieron los redactores de la Convención: primera, debido a su preparación dentro de la CDI, bajo la guía de cuatro abogados británicos especialistas en derecho contractual, la Convención refleja un enfoque contractual, más que un enfoque de derecho público; segunda, en lugar de enfocarse en la sustancia de los tratados (el tratado como obligación), los redactores se centraron en la forma de los tratados (el tratado como instrumento).²⁴

7. FLEXIBILIDAD EN LA REDACCIÓN DE LA CVDT

Se considera que la redacción de la Convención, que ya cumple 50 años, permanecerá sin cambiar en las décadas futuras. La sabiduría y claridad en la redacción ha permitido que los Estados adapten sus prácticas a la CVDT, lo que permite su longevidad, del mismo modo como sucede con

²² Sir Robert Jennings, *International Law: Achievements and Prospects* (Dordrecht: Nijhoff, 1991), p. 136.

²³ R. Jennings, *op. cit.*

²⁴ Jan Klabbers, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), p. 45.

la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas, las Convenciones de Ginebra de 1949, o la Convención de Derecho del Mar.

Esta duración se debe a que las normas de la Convención son lo suficientemente flexibles que permite acomodar las distintas prácticas de los Estados. Las reglas de la CVDT son subsidiarias principalmente, dejando la práctica de los tratados en manos de los Estados.

8. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La CVDT se aplica *strictu sensu* únicamente a tratados entre Estados (art. 1, CVDT), específicamente solo a tratados escritos (CVDT, art. 2, par. 1, inc. a) y regidos por el Derecho Internacional. Por tanto, quedan excluidos los tratados verbales, los tácitos y los acuerdos regidos por el Derecho interno, también están excluidos los temas de fondo de los tratados, mientras que en el plano temporal la Convención de Viena de Derecho de los Tratados no se aplica de forma retroactiva.

8.1. Tratados excluidos: los tratados verbales y tácitos

En consecuencia, la Convención no se aplica a tratados verbales, ni a tratados tácitos que, aunque raros, son válidos ante el derecho internacional. La exclusión de estos se hizo por razones de claridad y simplicidad, pero no les quita valor jurídico.²⁵

También, se excluyen los acuerdos entre Estados que son **regulados por el Derecho interno** de alguna de las partes o algún otro Derecho interno de un Estado.

La palabra “tratado” en su sentido general está reservada para instrumentos escritos, mientras que la palabra “acuerdo” es más amplia abarcando obligaciones no escritas.²⁶ Empero, conforme nos recuerda Thomas

²⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1966, p. 208.

²⁶ *Vid.*, Robert Kolb, *The Law of Treaties* (Cheltenham, R.U.: Elgar, 2017), p. 16. También, Glosario de la oficina de tratados de la Comisión Europea: “Treaty”

Buergenthal, el tratado puede recibir diversas denominaciones: “El término “tratado”, utilizado en el plano internacional, describe acuerdos internacionales en general, sean denominados convenciones, pactos, convenios, cartas, protocolos, u otro nombre.”²⁷ Estos diferentes nombres no tienen significado legal; las mismas reglas se aplican a todos. Pero, conforme con el derecho internacional, un tratado, cualquiera que sea su nombre, es aún un tratado.²⁸ Si el tratado escrito se denomina acuerdo o tratado no es relevante; como tampoco es relevante si el acuerdo verbal se denomina acuerdo o tratado. Los acuerdos verbales y tácitos están regidos por el derecho internacional consuetudinario de los tratados, que no se limita al criterio escrito.²⁹

La Comisión de Derecho Internacional consideró la cuestión en relación con el Derecho de los Tratados (DT) pero únicamente desde el punto de vista del ámbito de su proyecto de artículos. Por lo general, estos tratados son concluidos cuando el objeto es tan simple que el acuerdo no necesita estar escrito. En todo caso, habrá tratado verbal o tácito mientras sea la simple voluntad o deseo de las partes.

Los tratados verbales

Los tratados verbales, aunque son excepcionales en la práctica internacional son jurídicamente válidos, pero con la condición que sean concluidos por agentes autorizados de los gobiernos respectivos, esta regla fue sostenida por la CPJI (Corte Permanente de Justicia Internacional) en el *caso de Groenlandia Oriental* de 1933.

Un caso reciente fue el de la controversia entre Dinamarca y Finlandia por la construcción de un puente danés sobre el Gran Belt

<http://ec.europa.eu/world/agreements/glossary/glossary.jsp#T> (fecha de consulta: 1/8/2019).

²⁷ Thomas Buergenthal y Sean Murphy, *Public International Law in a nutshell* (St. Paul: West Academic Publishing, 2013), p. 123.

²⁸ Buergenthal y Murphy, *op. cit.*

²⁹ *Vid.*, Kirsten Schmalenbach, “Article 3: International agreements not within the scope of the present Convention”, en: Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Berlin: Springer, 2012), p. 51.

(que Finlandia había remitido a la Corte Internacional de Justicia), y que fue solucionado en 1992 en una conversación verbal (telefónica) entre los primeros ministros de ambas partes, en la cual Finlandia aceptaba poner fin a su demanda en la CIJ a cambio de un pago de Dinamarca. Otros casos contemporáneos son: el acuerdo verbal entre Chou En-lai y Alexei Kosygin en setiembre de 1969 para mantener el status quo hasta solucionar los conflictos fronterizos; el acuerdo entre el general Franco y Antonio Salazar sobre intervención militar de Lisboa de octubre de 1949; y el *caso de Groenlandia Oriental* visto por la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Los tratados tácitos

Igualmente, el derecho internacional considera como jurídicamente vinculantes a los tratados tácitos, llamados también acuerdos o tratados por implicación. La doctrina remarca que no debía existir dudas sobre el consentimiento de las partes, así se necesitara alguna prueba o indicación positiva del consentimiento. El ejemplo más común es el del acuerdo de tregua mediante el uso de bandera blanca.

Un caso reciente de tratado tácito es el que determinó la CIJ en su sentencia en el *Caso de delimitación marítima* entre Perú y Chile. Conforme nos recuerda D'Aspremont al respecto:

“la verificación de los acuerdos tácitos fue confirmada por la Corte Internacional de Justicia en el contexto de las delimitaciones marítimas en su sentencia del 2007 en el *Caso sobre la controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* (Nicaragua vs. Honduras) donde la Corte, en una formula famosa, sostenía que ‘la evidencia de un acuerdo tácito debe ser concluyente’”.³⁰

³⁰

CIJ, *Caso concerniente a la Controversia Territorial y Marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* (Nicaragua vs Honduras), Sentencia, ICJ Reports 2007, p. 735, par. 253. Sobre el tema de la convencionalidad tácita, Jean D'Aspremont, “The International Court of Justice and tacit conventionality”, *Questions of International Law*, (2015), p. 8, vid., <http://www.qil-qdi.org/the-international-court-of-justice-and-tacit-conventionality/> (fecha de consulta 30 de julio del 2019).

La Corte llegó a la conclusión que el artículo 1 del Acuerdo de Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 era un acuerdo jurídico que reconocía un tratado tácito anterior entre Perú y Chile sobre su frontera marítima, de este modo la CIJ indico que el Acuerdo de 1954 “cimenta el acuerdo tácito”.³¹

La exclusión de los tratados verbales y tácitos de la CVDT no afecta su validez jurídica, o la aplicación de las reglas de la CVDT a tales tratados. Estos tratados serian regulados por el derecho internacional independientemente de la CVDT (art. 3).

8.2. Otros tratados excluidos: los tratados en el marco de las organizaciones internacionales

Los Estados celebran tratados con otros sujetos de derecho internacional, notablemente con las organizaciones internacionales. Asimismo, las organizaciones internacionales entran en tratados con otras organizaciones similares. Julio Gonzalez nos recuerda que “en este orden de ideas, este tipo de acuerdos internacionales ha sido también objeto de codificación y desarrollo progresivo en el seno de la CDI” y el proceso ha dado como resultado la **Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986**.³² Esta Convención adapta las reglas de la CVDT de 1969 a su objeto de regulación y aunque no está en vigor, se considera que refleja el DI consuetudinario.

La Convención de Viena de Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 no se aplica a dichos tratados celebrados por organizaciones internacionales, los que son objeto de regulación de otro tratado: la CVDT entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 (llamada también CVDT-II o CVDT-OI), Convención que aún no ha

³¹ “En este caso, la Corte tiene ante si un Acuerdo que establece claramente que la frontera marítima a lo largo del paralelo ya existía entre las Partes. Dicho Acuerdo cimenta el acuerdo tácito.” CIJ, *Caso de la controversia marítima* (Peru vs Chile), Sentencia, ICJ Reports 2014, p. 39, par. 91.

³² Julio Gonzalez Campos *et al.*, *Curso de Derecho Internacional Publico* (Pamplona: Civitas, 2008), p. 221.

entrado en vigor pues solo ha recibido 32 ratificaciones de las 35 necesarias, se considera que quizá nunca entre en vigor. Sin embargo, los primeros 72 artículos de la CVDT-OI siguen de cerca los primeros 72 artículos de la CVDT.

Aunque la CVDT *per se* no se aplica a los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales (como los acuerdos de sede central con el Estado anfitrión), “aquellas de sus disposiciones que reflejen reglas del derecho internacional consuetudinario se aplican a tales tratados (CVDT, art. 3, par. b).”³³ En relación con tratados multilaterales donde sean partes también otros sujetos de derecho internacional, se aplicara la CVDT a los Estados partes de tal tratado que sean a su vez partes de la CVDT (CVDT, art 3, par. c).

Asimismo, la Convención se aplicará a los tratados constitutivos de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el marco de una organización internacional (CVDT, art. 5).

8.3. Exclusión de los temas de fondo de los tratados

Muchos aspectos de procedimiento, mediante los cuales los Estados entran en acuerdos internacionales, son formales, los cuales resultan de interés solo para el personal de los ministerios del exterior. Afortunadamente, como nos dice Federmann, “la CVDT prescribe gran parte de las reglas formales en esta materia, y no resultan demasiado controvertidas”.³⁴

Así, la Convención de Viena de Derecho de los Tratados (CVDT) **no regula temas de fondo de los tratados** (solo aspectos formales como ya indicamos). Tampoco, la CVDT regula el contenido ni la sustancia de los Tratados, que es una materia para los Estados negociadores, excepción hecha del concepto de *ius cogens* (art. 53).

La disposición del art. 53 estipula que un tratado podrá ser invalido si existe un problema con su sustancia (que quebrante una norma de *ius cogens*).

³³ *Vid.*, Malgosia Fitzmaurice, “The Practical Working of the Law of Treaties”, en: Malcolm Evans (ed.), *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2018), p. 143.

³⁴ David Bederman y Chimene Keitner, *International Law Frameworks* (St. Paul: West Academic-Foundation Press, 2016), p. 32.

La noción de *ius cogens* (normas imperativas de derecho internacional que no admite pacto en contrario) constituye una de las pocas novedades relevantes que se agregaron a la Convención.³⁵

Uno debe recordar que el artículo 53 de la CVDT no identifica norma alguna que posea status de norma imperativa. En la época de la adopción de la Convención, los países occidentales, por una parte, y los del bloque soviético más el Tercer Mundo, por otra, tenían posiciones antagónicas al respecto. El art. 53 de la CVDT fue negociado de tal forma que deja en manos de la comunidad internacional en su conjunto la identificación de aquellas normas de derecho internacional que pertenezcan a la categoría de *ius cogens*.³⁶

8.4. Aplicación temporal: irretroactividad de la CVDT

La Convención señala que no se aplicará de forma retroactiva (CVDT, art. 4), esto es, que se aplicará a los tratados celebrados por los Estados después de la fecha en que la CVDT entre en vigor para tales Estados.

Pese a que la Convención no tiene efecto retroactivo (art. 4), “para propósitos prácticos la Convención es considerado sin embargo como una declaración autorizada del derecho internacional consuetudinario sobre tratados y así puede aplicarse a tratados, incluyendo aquellos que preceden a la Convención por muchos años”.³⁷

³⁵ Jan Klabbbers, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), p. 44.

³⁶ *Vid.*, Erika De Wet, “Sources and the Hierarchy of International Law: The Place of Peremptory Norms and Article 103 of the UN Charter within the Sources of International Law”, en: S. Besson y J. D’Aspremont, *The Oxford Handbook on the Sources of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2017), p. 631.

³⁷ *Cf.*, Anthony Aust, *Handbook of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 50.

9. LA CVDT COMO CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

Las cuestiones o tratados no regulados por la CVDT (Convención de Viena de Derecho de los Tratados) continuarían siendo regulados por las reglas del derecho internacional consuetudinario, según confirma la propia CVDT, en su art. 3, par. a (regulación de los tratados celebrados con otros o entre otros sujetos de derecho internacional), y en su art. 4 (regulación de los tratados sometidos al derecho internacional independiente de la Convención).

En consecuencia, queda la cuestión acerca del alcance en que la CVDT misma representa las reglas del derecho internacional consuetudinario. Cuando se examina las reglas a aplicar a un tratado nuevo o un tratado celebrado antes de la entrada en vigor de la CVDT, las reglas de la CVDT son invariablemente utilizadas por los Estados involucrados, incluso por Estados que no son partes de la CVDT. La justificación para recurrir a la Convención es porque representa a la costumbre internacional.

Como ya se afirmó antes, la Convención (compuesta por 85 artículos) es considerada como declaratoria del derecho consuetudinario de los tratados en su mayor parte y forma su base.

Mientras, que algunas partes de la CVDT se consideran constituyen desarrollo progresivo del derecho, principalmente los siguientes artículos: el art. 9 sobre la adopción del texto, los arts. 19-23 sobre reservas, los arts. 40-41 sobre modificación de tratados multilaterales, y *grosso modo* la Parte V (que comprende los arts. 42-72) sobre nulidad y terminación de tratados.

La CVDT como tratado declaratorio de la costumbre antes de su vigencia

Antonio Remiro destaca que incluso antes de la entrada en vigor de la Convención, los tribunales internacionales invocaban sus artículos alegando su dimensión consuetudinaria. Esto sucedió en la jurisprudencia de la CIJ en los casos *Namibia* de 1971, *Consejo de la OACI* de 1972, *Jurisdicción en materia de Pesquerías* (jurisdicción) de 1973, y *Plataforma continental del*

Mar del Norte de 1978. También, en las sentencias arbitrales de 1977, en los casos del *Canal de Beagle*, y de la *Plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña*.³⁸

Del mismo modo, la CIJ recurrirá a la CVDT como declaratoria del derecho consuetudinario. Esta línea de conducta se ve reflejada en la jurisprudencia de la Corte.

Así, en el *Caso de la Isla Kasikili/Sedudu* de 1999, la CIJ interpretó el Tratado Heligoland-Zanzibar de 1890 conforme con las reglas de interpretación de los arts. 31 y 32 de la CVDT (a pesar del art. 4 de la CVDT de irretroactividad, y que ninguno de los dos Estados litigantes, Botswana y Namibia, era parte de la CVDT). Respecto a la interpretación del Tratado de 1890, el máximo tribunal mundial dijo que “[...] la Corte destaca que ni Botswana ni Namibia son partes de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, pero que ambos consideran que el artículo 31 de la Convención de Viena es aplicable desde que refleja el derecho internacional consuetudinario.”³⁹

En diversas ocasiones pasadas, la CIJ ya había sostenido que el “derecho internacional consuetudinario [de interpretación de tratados] hallaba expresión en el Artículo 31 de la Convención”,⁴⁰ como sucedió en el *Caso de la Controversia Territorial* (Libia/Chad) de 1994, o el *Caso de las Plataformas Petroleras* (Irán vs. EEUU) de 1996. Por tanto, el art. 4 de la CVDT, que establece la aplicación no retroactiva de la Convención, “no impedirá que la Corte interprete el Tratado de 1890 de acuerdo con las reglas reflejadas en el Artículo 31 de la Convención.”⁴¹

En el *Caso Consecuencias Legales para los Estados de la Presencia Continua de Sudáfrica en Namibia (África del Sudoeste) no obstante la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad* de 1971, la CIJ sostuvo que

³⁸ Antonio Remiro Brotons *et al.*, *Derecho Internacional: Curso General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), p. 240.

³⁹ CIJ, *Caso Isla de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), Sentencia, ICJ Reports 1999, p. 1059, par. 18.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

las reglas de la CVDT sobre terminación de un tratado por quebrantamiento “pueden ser consideradas en muchos aspectos como codificación del derecho consuetudinario existente”⁴² y así aplico el art. 60 de la CVDT (terminación de un tratado por quebrantamiento) en este caso.

En el *Caso Jurisdicción en materia de Pesquerías* de 1973, la CIJ sostuvo que el art. 52 de la CVDT (que reconocía que los tratados celebrados por amenaza o uso de la fuerza eran inválidos)⁴³ y el art. 62 de la Convención (que regulaba el cambio fundamental de circunstancias)⁴⁴ reflejaban el, o era en muchos aspectos una codificación del, derecho internacional consuetudinario. La Corte había afirmado que “No puede haber duda, como está implícito en la Carta de las Naciones Unidas y reconocido en el Artículo 52 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, que bajo el derecho internacional contemporáneo un acuerdo concluido bajo la amenaza o el uso de la fuerza es invalido”.⁴⁵ Respecto al cambio fundamental de circunstancias, la Corte indico que al respecto la CVDT era declaratorio del derecho consuetudinario:

“[...] el principio de terminación de un tratado por razón del cambio de circunstancias [...], y las condiciones y excepciones a las cuales está sujeto, han sido incluidos en el Artículo 62 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, el cual en muchos aspectos puede ser considerado como una codificación del derecho consuetudinario sobre la materia de la terminación de una relación de tratado en base al cambio de circunstancias.”⁴⁶

En el *Caso Gabčíkovo-Nagymaros* de 1997, pese a que el principal tratado en el litigio antecedía a la entrada en vigor de la CVDT para las partes del caso, la CIJ dejo de lado la cuestión de la no aplicación de las reglas de la

⁴² CIJ, *Caso Consecuencias Legales para los Estados de la Presencia Continua de Sudáfrica en Namibia (África del Sudoeste)* no obstante la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión Consultiva, ICJ Reports 1970, p. 47, par. 94.

⁴³ CIJ, *Caso Jurisdicción en materia de Pesquerías*, ICJ Reports 1973, Sentencia (jurisdicción), p. 59, par. 24.

⁴⁴ CIJ, *Caso Jurisdicción en materia de Pesquerías*, op. cit., p. 63, par. 36.

⁴⁵ Ibid., p. 59, par. 24.

⁴⁶ Loc. cit., p. 63, par. 36.

CVDT a las cuestiones de terminación y suspensión de tratados, y aplico los arts. 60-62 como un reflejo general del derecho consuetudinario, aun cuando previamente dichos artículos habían sido considerados muy controvertidos.

Dadas sus anteriores decisiones, es razonable hipotetizar que la CIJ adoptara el mismo enfoque virtualmente respecto de todas las disposiciones sustantivas de la CVDT. No ha habido un caso en donde la CIJ haya determinado que la CVDT no refleja el derecho consuetudinario.

Disposiciones de la CVDT que no se consideran declaratorias de la costumbre

Las reservas hechas por los Estados cuando ratificaron la CVDT eran principalmente sobre la solución de controversias de la Convención. En esas áreas donde no hubo consenso en la adopción de la CVDT, se podría decir que tampoco habría consenso para considerarles como declaratorio del derecho consuetudinario. Un caso es el no reconocimiento por la CIJ del art. 66 de la CVDT (que establece el recurso al arreglo judicial, arbitraje o conciliación), como declaratorio del derecho consuetudinario en su sentencia en el *Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (RD Congo vs. Ruanda) del 2006.⁴⁷ La Corte señaló: “Así en el presente caso las reglas incluidas en la Convención de Viena no son aplicables, excepto en que ellas sean declaratorias del derecho internacional consuetudinario. La Corte considera que las reglas incluidas en el Artículo 66 de la Convención de Viena son de este carácter. Ni tampoco las dos Partes han aceptado aplicar el Artículo 66 entre ellas mismas.”⁴⁸

El único tema que puede resultar controvertido respecto a que si la CVDT representa el derecho internacional consuetudinario es en relación con las reservas a los tratados, especialmente sobre el efecto de las objeciones a las reservas (que la CDI está estudiándolo actualmente).

⁴⁷ CIJ, *Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (R.D. Congo vs. Ruanda), ICJ Reports 2006, sentencia (jurisdicción), p. 52, par. 125.

⁴⁸ *Ibid.*

Futuro de la CVDT

Debido a su exitosa codificación, la CVDT ha reducido las áreas controvertidas, para propósitos prácticos las dudas sobre los tratados se resuelven simplemente al aplicar las reglas de la CVDT. El hecho es que ahora el moderno Derecho de los Tratados está expuesto de forma autorizada (y de forma flexible) por la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. Esta es la causa principal del hecho que más de la mitad de los Estados del mundo (116 de 196 Estados del orbe) decidió convertirse en partes de la Convención.

En resumen, se puede decir que la CVDT es en parte declaratorio del derecho consuetudinario existente y en parte ejercicio intencional en el desarrollo progresivo. Si las disposiciones de la Convención que constituye claramente desarrollo progresivo se pueden convertir con el tiempo en reglas de derecho internacional consuetudinario dependerá de ciertos factores: la extensión de la participación de los Estados en la CVDT, el desarrollo de la práctica de los Estados en el sentido de la regla general citada, la evidencia de la *opinio iuris*, y sobre todo la interacción entre normas creadoras y disposiciones de procedimiento. Este último factor es quizá único para la Convención de Viena de Derecho de los Tratados; pero la historia de la redacción de la Convención hace muy claro que, para la mayoría de los Estados, la aceptación de ciertas disposiciones creadoras de normas (especialmente la Parte V) tenía como condición la inclusión de garantías específicas de procedimiento.⁴⁹

10. INTERPRETACIÓN DE TRATADOS

Como codificación del derecho consuetudinario

Los tres artículos de la Convención relativos a la interpretación de tratados (CVDT, arts. 31-33) se basan principalmente en la jurisprudencia

⁴⁹ *Vid.*, Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester: Manchester University Press, 1984), p. 24.

de la Corte de La Haya desde 1920, y en la jurisprudencia arbitral a partir del último tercio del siglo XIX. Por supuesto, esta jurisprudencia es reflejo de la costumbre respectiva.

Eduardo Jiménez de Arechaga señala que las normas jurídicas relativas al derecho de interpretación de tratados representan una de las secciones de la CVDT que fueron adoptadas por la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados “sin voto disidente alguno y, por consiguiente, pueden ser consideradas como declaratorias del derecho en vigor”.⁵⁰

Cabe recordar que la Corte Internacional de Justicia había afirmado, en relación con el derecho de interpretación consuetudinario, que “los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...] en muchos aspectos puede considerarse una codificación del derecho internacional consuetudinario vigente”.⁵¹

La Comisión de Derecho Internacional, estudiando la jurisprudencia internacional, se inclinó por reconocer las 3 principales escuelas de interpretación de tratados del derecho consuetudinario (textual, teleológico, e histórico), como un compromiso práctico evitando seguir un principio o escuela de interpretación en particular. Estas tres escuelas de interpretación no son mutuamente excluyentes y la Convención de Viena de Derecho de los Tratados se basa en estas tres.

Como desarrollo progresivo del derecho

Para la CDI, el punto de partida era el texto, más que la intención de las partes, desde que se suponía que el texto representaba una expresión real de lo que en realidad las partes querían decir. Además, aparentemente el método de interpretación preferido por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) es la confianza en el texto de un tratado.⁵²

⁵⁰ Eduardo Jiménez de Arechaga *et al.*, *Derecho Internacional Público*, t. 1 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005), p. 267.

⁵¹ CIJ, *Caso del Laudo del 31 de julio de 1989*, Sentencia, ICJ Reports 1991, p. 69, p. 70, par. 48.

⁵² Vid., Malgosia Fitzmaurice, “The practical working of the Law of Treaties”, en: Malcolm Evans (ed.), *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2018), p. 153.

En consecuencia, el art. 31 de la CVDT (la Regla General de Interpretación) representa un compromiso: comprende a los métodos textual y teleológico, y agrega a los métodos de buena fe y sistemático (o del contexto). Mientras, que el art. 32 (Medios Complementarios de Interpretación), se basa en el método histórico (o de los trabajos preparatorios).⁵³ En este sentido, el de dar prioridad a los métodos textual y teleológico en la Regla General de Interpretación y dar una función complementaria al método histórico en los Medios Complementarios de Interpretación, podría considerarse como un desarrollo progresivo del derecho.

Eduardo Jiménez de Arechaga señaló que esta distinción está basada en la consideración que los medios primarios de interpretación (incluidos en el art. 31) reflejan el acuerdo de las partes, mientras que los trabajos preparatorios no reflejan tal acuerdo entre las partes.⁵⁴

11. LA CVDT COMO DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO

11.1. Las reservas

Algunas de las disposiciones más importantes de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados son las que tratan con las reservas a los tratados, según opinión de Jan Klabbers.⁵⁵ Ergo, representa un caso de desarrollo progresivo del derecho añadido a la Convención el de las reservas.

En este caso, la Convención sigue la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el caso de las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 1951, así en consecuencia prohíbe las reservas que sean

⁵³ Vid., Augusto Hernández, “Derecho de los Tratados: la Regla General de Interpretación de tratados”, *Política internacional*, no. 110 (octubre-diciembre 2013), pp. 92-137.

⁵⁴ Eduardo Jiménez de Arechaga *et al.*, *Derecho Internacional Público*, T. 1 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005), p. 271.

⁵⁵ Jan Klabbers, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), p. 51.

incompatibles con el objeto y fin del tratado a que se refieran (art. 19, par. c, CVDT). Pero este dispositivo no aclara la situación de una reserva que quebranta dicha prohibición.

Otra cuestión relacionada es la de la definición de reservas (art 2, par 1, inc d), que deja sin resolver el problema de la admisibilidad de las “reservas transversales” (reservas que hace depender el cumplimiento de un tratado en su conjunto de su compatibilidad con ciertas normas internas).

11.2. La parte V sobre nulidad y terminación

La Parte V trata la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de tratados, y constituye desarrollo progresivo del derecho. Es considerada la parte más relevante de la Convención, es la más amplia y la más compleja. Las normas consuetudinarias evolucionaron a partir casos inconexos o sentencias arbitrales o judiciales aisladas. Fue la parte más debatida en los trabajos preparatorios de la Convención.

Entre las normas de esta Parte V, algunas normas pueden considerarse declaratorias del derecho consuetudinario, como las que enuncian genéricamente las causales de nulidad; pero su especificación y tipificación resulta en desarrollo progresivo. También, es innovación la remisión de su verificación a órganos independientes.⁵⁶ En su regulación, la Convención se esfuerza por garantizar la estabilidad de los tratados, reduciendo al mínimo la incertidumbre y el riesgo de abusos.

En la Parte V, los principios generales de derecho dieron origen a las causales de nulidad o terminación de tratados, o se adaptaron estos principios generales a situaciones específicas del derecho internacional (e.g., corrupción o coacción de un representante, o coacción sobre un Estado, arts. 50-52). El gran aporte en esta Parte fue la introducción del concepto de *ius cogens* (art. 53) en el derecho internacional positivo, pues se trata de una noción fundamental en el derecho internacional moderno.

⁵⁶ Antonio Remiro Brotons *et al.*, *Derecho Internacional: Curso General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), p. 309.

El procedimiento para invocar las causales de nulidad o terminación obtuvo reconocimiento más allá de la Convención, en la práctica internacional, pues el derecho consuetudinario en este tema era muy impreciso. A este particular, la Corte Internacional de Justicia, en el *caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, había observado que “los Artículos 65 al 67 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si no codifican el derecho consuetudinario, reflejan al menos con carácter general el derecho internacional consuetudinario y contienen ciertos principios procesales que se basan en la obligación de actuar de buena fe.”⁵⁷

12. TEMAS NO INCLUIDOS EN LA CONVENCIÓN

Los temas no examinados por la CDI

Shabtai Rosenne subraya que, aunque la Comisión de Derecho Internacional deseaba codificar todo el campo del derecho de los tratados, algunos temas fueron omitidos, porque se consideraba que no formaba realmente parte del derecho de los tratados o porque se determinó que requerían mayor estudio (o un examen más específico). Estos temas omitidos incluían a los ocho siguientes:

- 1) la sucesión de Estados y los tratados
- 2) la relación entre el derecho de los tratados y el derecho de responsabilidad del Estado (las disposiciones sobre “quebrantamiento” que solo traten el efecto del quebrantamiento en la futura implementación del tratado)
- 3) el efecto del inicio de hostilidades sobre los tratados
- 4) la cláusula de la nación más favorecida en los tratados
- 5) el problema del llamado derecho intertemporal

⁵⁷

CIJ, *caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, Sentencia, ICJ Reports, p. 66, par. 109.

- 6) todas las cuestiones relativas al reconocimiento (o no reconocimiento) y los tratados
- 7) los tratados en donde una organización internacional es parte
- 8) los individuos y los tratados.⁵⁸

Por añadidura, debería mencionarse la **Convención de Viena sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con Organizaciones Internacionales de Carácter Universal de 1975**, que regula el status y condición de las delegaciones de los Estados ante los órganos de dichas organizaciones internacionales y las conferencias, y en parte complementa la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969. La Convención de 1975 necesita 35 Estados partes para entrar en vigor, más en el 2019 tenía solo 20 Estados signatarios (entre ellos Nigeria, Brasil y Perú) y 34 Estados partes.

El Artículo 73 y los temas excluidos de la CVDT

El art. 73 de la Convención indica textualmente que la CVDT no examinara asuntos que surgieran respecto a los siguientes tres temas: la sucesión de Estados en materia de tratados, la responsabilidad internacional de un Estado por quebrantamiento de un tratado, y el efecto en un tratado del estallido de hostilidades.

El tema de la sucesión de Estados en materia de tratados no figura en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, porque la Comisión de Derecho Internacional estimó que pertenecía al tema de la sucesión de Estados y gobiernos.⁵⁹ De todos modos, el derecho de sucesión de Estados en materia de tratados es objeto de regulación por la **Convención de Viena sobre Sucesión de Estados respecto de Tratados de 1978**. Esta Convención entró en vigor en 1996 tras recibir las 15 ratificaciones necesarias. Actualmente tiene 23 Estados partes, y 14 Estados son firmantes

⁵⁸ Vid. Shabtai Rosenne, "Vienna Convention on the Law of Treaties", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (Amsterdam: North Holland, 2000), p. 1313.

⁵⁹ Vid., Jose Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Madrid: Tecnos, 2014), p. 86.

(entre estos se cuentan: Uruguay, Paraguay, Perú y Polonia). Pese a su vigencia, no se considera una codificación exitosa de esta rama jurídica. No todas sus reglas se consideran que representen al DI consuetudinario. Esto se debe a que el derecho de sucesión de tratados no estaba tan desarrollado como el derecho de los tratados.

Tampoco, se incluyó dentro de la Convención reglas sobre la **responsabilidad** internacional de un Estado por incumplimiento de un tratado, pues la Comisión de Derecho Internacional considero que la cuestión en realidad involucra aspectos de fondo y decidió incluirlas en su trabajo sobre la responsabilidad internacional del Estado.⁶⁰

Como ya se dijo, la Convención de Viena de Derecho de los Tratados no regula la responsabilidad del Estado por quebrantamiento de un tratado, ni el **efecto de la guerra** en los tratados. Estos temas siguen siendo regulados por el derecho consuetudinario.

CONCLUSIONES

Los tratados son examinados en el Derecho Internacional en dos campos de estudio distintos: los tratados como fuente de Derecho Internacional y los tratados como objeto de regulación en el derecho de los tratados.

Este ensayo ha presentado algunos de los principales temas del Derecho de los Tratados tal como se halla en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. Aunque constituye uno de los grandes logros de la Comisión de Derecho Internacional, la Convención no cubre todas las áreas relacionadas con el Derecho de los Tratados como los acuerdos verbales y tácitos, así como los tratados celebrados con y entre otros sujetos de derecho internacional, más notablemente con las organizaciones internacionales, y la relación entre la responsabilidad del Estado por quebrantamiento de un tratado.

⁶⁰ J.A. Pastor Ridruejo, *op. cit.*, p. 87.

Se ha destacado en estas líneas que la CVDT no regula los temas de fondo de los tratados, a excepción del concepto de *ius cogens*. Mientras, que la Convención de Viena no se aplica de manera retroactiva. Asimismo, las disposiciones de la CVDT son consideradas en su mayor parte como declaratorias del derecho consuetudinario, mientras que una parte de dicha Convención representa desarrollo progresivo del derecho. Una contribución de la Convención de Viena en el desarrollo progresivo del derecho es el de las reservas a los tratados. En materia de interpretación de tratados, los arts. 31-33 de la Convención de Viena se consideran declaratorios del derecho consuetudinario de interpretación de tratados. La Parte V sobre Nulidad y Terminación de tratados es la más relevante de la Convención y también es un desarrollo progresivo del derecho.

En suma, como ya se dijo, el verdadero significado de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados lo constituye su amplia aceptación como una declaración autorizada del Derecho de los Tratados contemporáneo.

