

CAPITULO I

GENERALIDADES SOBRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

1.1.- Evolución histórica

Los tratados internacionales son acuerdos de carácter contractual entre los Estados, u organizaciones de Estados, creadores de derechos y obligaciones jurídicas entre las partes.

Los Estados solían convenir tratados mucho antes aún de que existiese el Derecho Internacional en el sentido moderno del término. A pesar de que en aquellos tiempos los tratados no se asentaban en el Derecho Internacional, ni fueron su causa, eran considerados, en cambio, sagrados y obligatorios en virtud de principios religiosos y morales.¹

En el año 3100 (A. C.) se celebró el primer tratado entre Eannatum, victorioso señor de la ciudad-Estado de Lagash, en Mesopotamia, y los hombres de Umma, otra ciudad-Estado de la misma región. Este tratado se suscribió en sumerio² y fijaba los límites entre Lagash y Umma, y es anterior en más de mil años al siguiente tratado del que existe prueba documental.

Del segundo milenio antes de nuestra era, se han conservado tratados variados en yeso, en monumentos. La mayoría involucra a los egipcios y a los hititas. Estos tratados se refieren a paz, alianzas, fronteras y, en el caso de los de los hititas al establecimiento de Estados vasallos. El tratado más importante del segundo milenio antes de Cristo es el de paz y alianza celebrado en 1291 A. C. entre Ramsés II de Egipto y Hattusilo II de los hititas. El lenguaje es el arcadio babilónico. En este tratado se hizo un pacto de extradición al que

¹ OPPENHEIM, M.A., “*Tratado de Derecho Internacional Público*”, págs: 466-467.

² sumerio, ria. [adj.](#) Natural de Sumeria, región de la baja Mesopotamia, cerca del Golfo Pérsico. U. t. c. s. || [2. m.](#) Lengua [sumeria](#). Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

quedaban sometidos los enemigos internos de cada país si buscaban refugio en el otro país firmante.

En Grecia existió cierto número de tratados entre las comunidades griegas y otros pueblos. Los más importantes fueron los tratados de paz, alianzas y confederaciones. En Roma existieron dos clases de tratados: “foedera aequa”, que eran tratados de alianza, paz, amistad y hospitalidad; y, “foedera non ae-qua” que eran tratados con ventajas para Roma. El “jus feriale” contenía normas para la declaración de la guerra o la celebración de tratados y lo aplicaban los sacerdotes feciales. Los ritos de celebración de los tratados eran invocaciones a los dioses, sacrificios y autoimprecaciones.

Hasta el siglo XII d.c., la prestación del juramento era la confirmación y consumación del tratado. El juramento se sometía a la jurisdicción de la Iglesia. La reacción contra el papado a fines de la Edad Media, trajo la cláusula contractual en los tratados en virtud de la cual los príncipes que los pactaban se obligaban bajo juramento a no apelar a la dispensa papal en sus compromisos. Esta cláusula se encuentra en el tratado entre Luis XI de Francia y Carlos El Temerario de Borgoña.

En la Edad Media, se celebran tratados entre Inglaterra, Francia y Dinamarca. Por regla general eran acuerdos de alianza, transferencia y cesión territorial mediante tratados de venta, sucesión y matrimonio, que reflejaban la noción feudal del derecho personal del señor sobre su territorio. Estos tratados estaban garantizados con la entrega de plazas, fortalezas, joyas y otros bienes valiosos, así como mediante rehenes.

(...) En la historia del Derecho Internacional, en el siglo XIV, Inglaterra aseguró protección a sus mercaderes mediante tratados comerciales. Los tratados aumentaron en el siglo XVII luego de la Paz de Westfalia, lo mismo que en el siglo XVIII, especialmente los comerciales. Entre el Congreso de Viena y el año de 1926 se celebraron cerca de 16.000 tratados. En el siglo XX se multiplican los tratados multilaterales en diversas materias.³

³ MONROY, Marco, “*Derecho Internacional Público*”, págs: 86 y 87.

1.2.- Definiciones de Contratos y Tratados en general

Doctrinariamente, se ha definido al contrato como el concurso de dos o más voluntades que tienen por objeto crear, modificar o extinguir alguna obligación.⁴

Savigny nos dice al respecto que: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

Guillermo Cabanellas dice: "La convención, para Aubry y Rau, es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste de ser productor de obligaciones."⁵

El artículo 1454 de nuestro Código Civil, señala que el “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. De todo lo anterior podemos deducir que el contrato es un acto de manifestación de voluntades, fruto de una relación jurídica, el mismo que produce derechos y obligaciones.

El Código Civil Argentino (Art. 1137) dice que: "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos". Es muy semejante a la definición dada por Savigny, para quien el contrato es "el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas".

El Código Civil Español (Art. 1254), expresa que "el contrato existe desde que una o varias personas consientan en obligarse respecto a otra, u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".

⁴ ESPINOSA, Oswaldo, “*Principales Contratos en el Código Civil*”, Tomo I, pág. 16.

⁵ VEASE: ESPINOSA, Oswaldo, op cit.

Manuel Sánchez Zuraty, en su obra: “Diccionario Básico de Derecho”, manifiesta que el contrato "El contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (Art. 1481 Código Civil).

En los contratos se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las cosas que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial. Finalmente, son accidentales a un contrato aquellas cosas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (Art. 1487 *ibídem*)".

El Código Civil Chileno en su artículo 1437, dispone cuáles son las fuentes de las obligaciones: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

En cuanto a lo relacionado con los requisitos y elementos de los contratos, el doctor Luis Parraguez Ruiz indica que "existe en esta materia una diferencia de repertorio que podría conducir a ciertas confusiones". Así pues, se habla de requisitos de los contratos y de sus elementos como cosas diferenciadas y en este orden, nuestro Código Civil como pudimos anotar, hace la misma distinción puesto que en el artículo 1460, alude a los distintos elementos contractuales (esenciales, naturales y accidentales) y en el artículo 1461 enumera sus requisitos generales (capacidad, voluntad sin vicios, objeto y causa lícitos).

El doctor Parraguez Ruiz aclara que "en estricto rigor, existe diferencia semántica entre requisito (condición para la validez) y elemento (componente del acto) como también hay diferencia técnica, ya que los elementos siempre son integrantes de la figura contractual; en cambio, si bien hay requisitos que pueden estimarse integrados al

contrato (objeto y causa), los hay también que no forman parte de él, sino que se producen en las partes celebrantes (capacidad y voluntad)”.⁶

En efecto, nuestro Código Civil no ha tenido acierto en sus intentos de proporcionar una definición del contrato. Primeramente el artículo 1453, nos habla de "contratos o convenciones" incurriendo en grave confusión de dos figuras que no son sinónimas. Toda vez que, la convención es un acto jurídico bilateral, en cuanto requiere del concurso de dos o más voluntades, que tiene por función crear, modificar o extinguir obligaciones. En cambio, por contrato se entiende solamente una categoría de convenciones: aquellas creadoras de obligaciones.

De manera que hay entre ambas entidades una relación de género a especie, en la cual la convención es el género y el contrato es una de sus posibles especies. Entonces si bien es correcto afirmar que todo contrato es una convención, no puede, por el contrario, decirse que toda convención es contrato. Por ejemplo el pago es una convención debido a que conlleva el acuerdo de voluntades, pero no es contrato porque su efecto propio no es crear sino extinguir una obligación.

El contrato, como convención que es, el contrato, requiere de la concurrencia de dos partes que conciertan sus voluntades. En eso se diferencia de los actos jurídicos unilaterales que como el caso del testamento, sólo exigen la participación de una voluntad. Pero esa bilateralidad, en cuanto a los celebrantes, no significa necesariamente que ambas partes contratantes resulten obligadas. A veces, sólo nacen obligaciones para una de ellas. En función de estas posibilidades, se distingue entre contratos bilaterales y contratos unilaterales (Art. 1455 del Código Civil). En los primeros quedan obligados ambos contratantes. Por ejemplo la compraventa, el arrendamiento y otros. En los contratos unilaterales, del acuerdo de voluntades emanan obligaciones nada más que para un contratante. Por ejemplo el mutuo o préstamo de consumo: sólo obliga al mutuuario a la restitución.

⁶ VEASE: Espinosa, op cit., pág. 18.

Esclarecido su efecto jurídico específico, parece conveniente concluir indicando que el contrato per-se no es un acto enajenatorio; es decir, no transfiere el dominio de las cosas sobre las que versa. Sólo es un título o antecedente translaticio en cuanto crea en ciertos casos la obligación de transferir y el correspondiente derecho para exigir, la transferencia. Por ejemplo, con el contrato de compraventa: el comprador no se hace dueño de la cosa vendida por el solo hecho del contrato, ni el vendedor pierde su dominio por la misma circunstancia. El efecto propio de esta convención, es obligar al vendedor a transferir el dominio, y desde este punto de vista el comprador no dispone o de un derecho real sobre el bien, sino de uno personal que le faculta para exigir al vendedor la transferencia. Esta operará jurídicamente con ocasión de un acto posterior - el modo de adquirir denominado tradición- para lo cual servirá de antecedente el contrato.

Parece ser que para los tratadistas, el elemento fundamental, tanto en los contratos como en las convenciones, es el acuerdo de voluntades, esto es, el consentimiento de las partes, voluntades que van a crear entre dichas partes una obligación, a modificar una ya existente o a exigir alguna ya preexistente.

La palabra convención proviene del latín “venire cum” que se traduce por: venir juntos, encontrarse, reunirse. Para Alessandri y Somarriva, la convención *"es la declaración bilateral de la voluntad ejecutada con arreglo a la Ley y destinada a producir efectos jurídicos, que pueden consistir en la creación, conservación, transferencia o extinción de un derecho"*.

Para Guillermo Frugoni, la convención es aún más amplia, ya que es *"aplicada a toda especie de acuerdo, acto o negocio bilateral que las tareas realicen, pero no todos ellos entran en el campo del Derecho sino cuando producen efectos jurídicos"*.

Los autores citados, estudian a la convención desde el punto de vista de los efectos que produce. Pero no podría desconocer el hecho de que convención es toda relación jurídica consistente en un acuerdo de voluntades que pueden tener por objeto, crear, modificar o extinguir obligaciones o derechos.

En cuanto a lo que propiamente se refiere a los requisitos de los contratos, la doctrina distingue entre requisitos necesarios para la existencia del contrato y requisitos exigidos para su validez. Los primeros, son aquellos indispensables para que un contrato simplemente nazca a la vida jurídica, independientemente de si lo hace o no con validez o eficacia. Se refiere por tanto a una mera cuestión de hecho que podría obedecer a la pregunta ¿hay contrato? Tales requisitos son: la expresión de voluntad, la existencia de un objeto y de una causa. Reunidos estos tres requisitos la pregunta anterior puede ser contestada afirmativamente. En caso contrario no existe contrato, no se ha producido el hecho. No se trata aquí de un juicio de valor encaminado a saber si el acto es o no eficaz, sino de una mera consideración fenomenológica en torno al ser o no ser del acto. Sin embargo, como el Código Civil no contiene normas relativas a esta cuestión de la exigencia, generalmente los administradores de justicia, sancionan la omisión de alguno de los requisitos señalados declarando la nulidad del contrato (juicio de valor).

Ahora bien, supuesta la existencia de un contrato, su eficacia depende de que se reúnan o falten los requisitos de validez. Para la generalidad de los actos, tenemos los requisitos señalados en el artículo 1461 del Código Civil y para una categoría especial como son los actos jurídicos solemnes; tenemos los señalados en el artículo 1459. estos requisitos son:

a) Capacidad de los contratantes. La validez del contrato queda condicionada, en primer término, a la circunstancia de que las personas que lo celebran tengan aptitud legal para obligarse. Los artículos 1462 y 1463 del Código Civil, contemplan los casos de incapacidades absolutas, relativas y especiales.

b) Consentimiento. Si bien basta la sola expresión de voluntad para dar nacimiento a un contrato, no obstante, su validez no obstante exige que esa expresión represente lo que las partes libre, soberana y reflexivamente desean, porque, el acto no es válido cuando algún vicio afecta esas cualidades de la voluntad. Estos vicios son: el error, la fuerza y el dolo.

c) Objeto lícito. Ya se ha dicho que el objeto del contrato está constituido por las obligaciones que nacen de él. Pues, esas obligaciones, y por ende las prestaciones que ellas contienen, deben ser lícitas; es decir, conformes a la Ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público. Recordemos que en esta materia el Código, confunde entre objeto del contrato y objeto de la prestación, de allí las referencias a "cosas".

d) Causa lícita. El artículo 1483 del Código Civil previene que: *"No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente"*. Sintetizar en pocas líneas todo lo que la doctrina ha discutido alrededor de este requisito, es una tarea imposible. Tal vez no sea muy aventurado afirmar que el debate sobre la causa es el más extenso y complejo del derecho civil. Esencialmente la causa es el motivo que induce a la contratación.⁷

El inciso segundo del artículo 1483 del Código Civil, la define la causa lícita en la forma en que se ha transcrito. Lo importante, por ahora, es destacar que la causa debe ser lícita, calificativo que dice relación con su apego a la Ley, las buenas costumbres, la moral y el orden público.

En cuanto al cumplimiento de las solemnidades, podemos decir que, conforme lo dispone el artículo 1459, hay una categoría de contratos que no se perfeccionan sino mediante el cumplimiento de ciertas formalidades que señala la Ley. En estos contratos -llamados solemnnes- la observancia de tales formas son, por tanto, un requisito de validez. Por ejemplo: la formalidad de la escritura pública en la compraventa de bienes raíces es el requisito de validez. Ramón Mesa Barros, enseña que en los contratos solemnnes el consentimiento de las partes se manifiesta o exterioriza través del cumplimiento de formalidades legales.

En cuanto a la palabra tratado, podemos ensayar las siguientes definiciones. En primera instancia, el tratado es un *"Acto jurídico convencional por el cual los gobernantes competentes de dos o más estados realizan operaciones jurídicas"*.

⁷ ESPINOSA, op cit., pág.20.

*Generalmente se distingue el tratado ley que sienta reglas objetivas del derecho internacional y el tratado contrato, que contiene estipulaciones de orden subjetivo (...)*⁸

El tratado es la convención o ajuste de un negocio, especialmente entre dos o más gobiernos.⁹

Para concluir el presente tema de la investigación, puedo afirmar que de cualquier manera que se lo llame, un tratado tiene que ver con el verbo acordar, que puede significar consentir o, estar de acuerdo con la propuesta de una partes hacia otra. Vale la pena señalar que la ley, en determinadas circunstancias, prevé algunos requisitos o solemnidades importantes para que se consolide ese tratado, verbigracia cuando por ejemplo compramos un bien inmueble, necesitamos mostrar ese acuerdo, esa voluntad fruto de ese tratado, ante Notario y luego se requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad.

No debemos olvidarnos también que el contrato es fuente de las obligaciones. Se llaman "fuentes de las obligaciones" todos los hechos que la producen. El tratadista Ramón Meza Barros define a las fuentes de las obligaciones diciendo que son los hechos de los que ella proceden, las causas que la generan", Según el artículo 1453 del Código Civil las fuentes de las obligaciones se clasifican en cinco categorías: Contratos; Cuasicontratos, Delitos, Cuasidelitos y la Ley.

Sin embargo estas fuentes agrupadas de conformidad con el contexto de lo que hemos citado, pueden reducirse a tres, que son:

- a) Un contrato o convención;
- b) Un hecho voluntario de la parte que se obliga; y,
- c) La ley.

⁸ CAPITANT, Henri, CITADO POR: JARAMILLO, Alfredo, “Vocabulario Jurídico Básico”, pág. 339.

⁹ VALLETA, María, “Diccionario Jurídico”, pág. 693.

El hecho voluntario puede ser lícito o ilícito. Si es lícito se llama cuasicontrato; si es ilícito se llama delito o cuasidelito según haya o no dolo en el acto. Otros tratadistas clasifican a las fuentes de las obligaciones en: "obligaciones convencionales", que son las que nacen de un contrato; y, "obligaciones no convencionales" que son las que nacen de los cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley. En las primeras, la obligación obtiene su fuerza de la voluntad o acuerdo de las partes; y, en las segundas, la obligación proviene de la disposición de la ley. La precitada enumeración de las fuentes de las obligaciones, implica que nuestro Código ha consagrado la teoría clásica elaborada por los intérpretes del Derecho Romano, adoptada por Pothier y en general, por los civilistas de los siglos XVIII y XIX.¹⁰

Como ya lo manifesté anteriormente, el contrato es una de las fuentes de las obligaciones, la más común y fecunda. Al hablar del contrato como fuente de obligaciones, nos referimos a los intereses patrimoniales y pecuniarios y no a los que pertenecen al régimen de familia, como el matrimonio que tiene reglas propias y cuyas consecuencias jurídicas están fijadas por la ley, independientemente de la voluntad de las partes.

Con respecto a los tratados, se los estudiará en el siguiente punto.

1.3.- Definiciones de los Tratados Internacionales según varios autores.-

A los Tratados Internacionales se los puede definir de manera general como aquella convención o contrato entre dos o más Estados según el cual se estipulan sus obligaciones sobre alguna materia o conjunto de asuntos.¹¹

La inexistencia de un poder legislativo institucionalizado en la Comunidad internacional, ha conferido al Tratado internacional una importancia primordial como medio de creación y de codificación tanto de las normas internacionales no escritas

¹⁰ MORALES, Jorge, *"Teoría General de las obligaciones"*, págs: 18-19.

¹¹ OSSORIO, Manuel, *"Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"*, pág. 991.

cuando de las que adolecen de falta de precisión por encontrarse dispersas en varios Tratados.

El desarrollo del Derecho Internacional y su codificación en esta materia, fueron realizados por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU y en dos conferencias de la ONU. La primera, reunida en Viena en dos períodos de sesiones (1968 y 1969), elaboró una Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, que fuera firmada el 23 de mayo de 1969, Convención a la que nos referiremos en un capítulo posterior de la presente investigación, y que entró en vigor el 27 de enero de 1980 y a la que por tanto tomaremos como referencia en las citas sucesivas.

La segunda, convención es la de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986, que trata sobre los acuerdos celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre éstas, regidos por el Derecho Internacional y sin importar la denominación que reciban (acuerdo, convención, carta, compromiso, concordato, modus vivendi, pacto, protocolo, estatuto, entre otra).

Según lo señalado en el literal a) del artículo 2.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “*Se entiende por Tratado 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 mismo concepto es desarrollado por el Tratadista Manuel Diez de Velasco en sus estudios sobre la materia.¹²

Esta definición limita la aplicación de la Convención a los acuerdos concertados:

- 1) En forma escrita, ya sea en un instrumento único o en varios conexos;
- 2) Entre Estados (los celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre éstas son objeto de la Convención de Viena de 1986 y regidos por el

¹² DIEZ DE VELASCO, Manuel, “*Instituciones de Derecho Internacional Público*”, pág. 134.

Derecho Internacional, pero sin que importe la denominación que reciban (Acuerdo, Convención, Carta, Compromiso, Concordato, Modus vivendi, Pacto, Protocolo, Estatuto, etc.).

El artículo 3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece lo siguiente:

“3. El 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) Al 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;*
- c) 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”.*

En consecuencia podemos considerar acuerdos internacionales a:

- a) Los concertados entre Estados, entre Estados y otros sujetos del derecho internacional (por ejemplo organizaciones internacionales) o entre otros sujetos entre sí (por ejemplo entre organizaciones internacionales). Por el contrario, no son acuerdos internacionales los concluidos entre personas privadas (individuos, organizaciones no gubernamentales, sociedades y asociaciones) o entre Estados y personas privadas.

La Enciclopedia Jurídica Omeba, define al Tratado de la siguiente manera: *“El término tratado tiene un sentido lato, comprensivo de todo acuerdo entre sujetos o personas internacionales, es decir, entre miembros o partes de la comunidad*

*internacional. Si principalmente esos miembros son los Estados, no por eso dejan de integrar la categoría de tratado (...)*¹³

No hay duda que, en la actualidad, los tratados son la fuente más importante del Derecho Internacional y este criterio constituye una tendencia generalizada ya que al Derecho consuetudinario se lo está codificando y por tanto transformándolo en Derecho convencional.

Además si el tratado es un acuerdo formal y escrito que genera muchas normas internacionales, cada vez su presencia e influencia en las relaciones internacionales es más determinante y amplia. Tanto es así que hoy se habla de una nueva rama que es el Derecho de los Tratados y se la estudia y analiza como una especialización, por lo cual, se justifica la decisión de analizarlo en un capítulo aparte y en forma independiente de las fuentes del Derecho.

Aunque al Tratado se lo entiende como el acuerdo escrito celebrado entre Estados y hasta entre sujetos de Derecho Internacional, salvo los individuos, son muchas las definiciones que se han dado y citamos algunas de ellas, tomadas de la obra “Derecho Internacional Público Tomo I”, del tratadista Jorge Endara, a fin de tener una concepción lo más exacta y precisa de su naturaleza jurídica:

Charles Rousseau: *"Cualquiera que sea su denominación, el tratado se nos presenta como un acuerdo entre Estados destinado a producir ciertos efectos y obligaciones jurídicas entre las partes"*.

Oppenheim - Lauterpach: Definen a los Tratados Internacionales como *"acuerdos de carácter contractual entre Estados u organizaciones de Estados, que crean derechos y obligaciones jurídicas entre las partes"*.

¹³ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XXVIII; pág. 406.

Es digno rescatar de estas dos definiciones que los tratados son acuerdos, pero que producen efectos jurídicos, esto es, que crean derechos y obligaciones entre las partes.

Guggenheim: *"Es un acuerdo internacional consignado en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular"*.

Establece un nuevo elemento o quizá mejor una característica que puede concluirse o llevarse a cabo en un solo instrumento o en varios y además que no importa la denominación que se le de: convención, protocolo, etc.

Hans Kelsen: *"Un tratado es un acuerdo concertado formalmente por dos o más Estados conforme al derecho internacional general"*.

Y. A. Korovin: *"Se entiende por Tratado Internacional el acuerdo formalmente expresado entre dos o más Estados por el que se establece, enmienda o da fin a un vínculo jurídico preexistente"*.

La formalidad se refiere a que tiene que ser escrito y cumplir con ciertos requisitos.

Lorimer: *"Son declaraciones hechas por dos o más Estados, sobre una relación jurídica existente entre ellos; declaraciones que se obligan a cumplir y respetar como si fueran verdadero derecho positivo"*.

No son ahora considerados como simples declaraciones que deben ser cumplidas *"como si fueran verdadero derecho positivo"*, sino que realmente son derecho positivo, los tratados crean normas jurídicas, nos hallamos un grado más adelante de lo que expresa esta definición.

Fiore: *"Es tratado cualquier convenio entre dos o más Estados, realizado con el fin de crear, mediante el consentimiento recíproco, una obligación, resolver otra ya existente o modificarla"*.

Cruchaga: *"El tratado es, en realidad, el testimonio del consentimiento recíproco de dos o varios Estados para establecer, modificar, reglamentar, alterar o exigir un vínculo de derecho"*.

En estas dos definiciones, se resalta de manera expresa, la necesidad del consentimiento recíproco, que en definitiva es la base de cualquier acuerdo de voluntades.

Diena: *"Son los convenios en que dos o más Estados, actuando con este carácter, estipulan entre sí para dar vida mediante su recíproco consentimiento a un vínculo jurídico preexistente"*.¹⁴

De las definiciones de Rosseau y Oppenheim-Lauterpach podemos rescatar que los Tratados son acuerdos, pero que producen efectos jurídicos (crean derechos y obligaciones entre las partes). Fiore y Cruchaga adelantan el término “acuerdo” para resaltar de manera expresa, la necesidad del consentimiento recíproco, que en definitiva es la base de cualquier acuerdo de voluntades. Guggenheim agrega como nuevo elemento la característica de que el Tratado puede concluirse o llevarse a cabo en un solo instrumento o en varios y además que no importa la denominación que se le dé. Kelsen y Korovin introducen la formalidad en los tratados exigiendo que éstos sean hechos por escrito, de conformidad con el Derecho Internacional y con el fin de establecer, modificar o extinguir vínculos jurídicos. Lorimer, por su parte no considera a los Tratados como simples declaraciones que deben ser cumplidas como si fueran verdadero derecho positivo, sino que realmente constituyen derecho positivo creando normas jurídicas; nos hallamos un grado más adelante de lo que expresa esta definición. Finalmente, Diena establece el requisito de que los tratados son signados por Estados o representantes de éstos, limitando los agentes que se consideran legítimos para la realización de un Tratado Internacional.

¹⁴ TOMADO DE. ENDARA, Jorge, “*Derecho Internacional Público*”,

1.4.- Las fuentes del Derecho y los tratados internacionales.-

Las fuentes del Derecho, son todo tipo de normas, escritas o no, que determina los vínculos del comportamiento de los ciudadanos y de los poderes de un Estado o comunidad, estableciendo reglas para la organización social y particular y las prescripciones para la resolución de conflictos.

El conjunto de las fuentes del Derecho es muy heterogéneo. Las fuentes del ordenamiento jurídico son la ley (entendida como toda norma escrita), la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho. Este sistema tiene una disposición jerárquica que sobresale: la costumbre regirá en defecto de ley aplicable y los principios generales del Derecho, se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

La jerarquía de las fuentes, hace que en la llamada pirámide normativa, la cúspide de nuestro Derecho, se encuentre ocupada por la ley constitucional, como norma de normas. Bajo ella, rigen las normas que cuentan con carácter de ley formal, mientras que en la base de dicha pirámide hallamos los reglamentos.

Por ley, se entiende la norma escrita de carácter general emanada de un Parlamento; la costumbre es la reiteración de conductas aceptadas por la sociedad por gozar de obligatoriedad jurídica; y los Principios Generales del Derecho son las reglas comunes, muchas veces no escritas, que una comunidad entiende que rigen toda la realidad jurídica y que informan y dan valor a todo el ordenamiento (como por ejemplo la irretroactividad de normas sancionadoras, la defensa de los derechos humanos, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o la presunción de inocencia).

Por otra parte, las distintas ramas del Derecho (civil, penal, administrativo, internacional, entre otras) cuentan con un sistema propio de fuentes. Destaca el caso del Derecho Penal en el cual, no existe la costumbre y sólo se aplica la constitución y la norma penal con rango de ley orgánica, con el fin de establecer las necesarias garantías de protección de los ciudadanos. En el Derecho Administrativo, la costumbre juega un reducidísimo papel, limitado a la organización de la sociedad y bienes de comunidades

rurales (uso por los vecinos de tierras y montes comunales), a la vez que prima la ley ordinaria, desarrollada por innumerables reglamentos.

Además, las fuentes del Derecho pueden emanar de la distinta organización territorial.

Entonces, el Derecho Internacional también tiene sus fuentes. Como hemos dicho, se denomina fuente al origen de donde proviene el Derecho Internacional Público. Según Ruiz Moreno, hay que hacer una distinción entre el fundamento del Derecho Internacional, que es su causa o razón de ser, y la exteriorización de ese fundamento que son las fuentes. Duguit, explicando esta diferencia, señala que hay reglas primarias o normativas y secundarias o técnicas. Las primeras, no han sido creadas por los Estados y son superiores a ellos, imponiéndose por la conciencia jurídica social que comprueba su necesidad. Estas reglas constituyen, por su esencia, los principios fundamentales del Derecho, como los de independencia, libertad, soberanía, igualdad, entre otros, que dominan la formación del Derecho Positivo y constituyen el elemento esencial del Derecho Internacional Positivo. Las segundas, las reglas secundarias o técnicas, se desarrollan con la evolución y tienen por objeto la aplicación de las reglas primarias o normativas. El conjunto de estas normas secundarias constituye el Derecho Positivo, que tiene dos ramas principales: la costumbre y la ley escrita. Ninguna de estas ramas crea el Derecho. Las reglas que ellas formulan sólo tienen por objeto sancionar ciertos principios que se imponen a ellas mismas.¹⁵

Las fuentes, son entendidas por los autores desde varios puntos de vista, ya sea como el lugar o hecho de donde proviene el Derecho, su origen, la forma de creación o elaboración de las normas jurídicas y por los instrumentos que demuestran su existencia o lo que es lo mismo, como dice Moreno Quintana, por sus medios de manifestación.¹⁶

El problema de las fuentes, se presenta muy confuso porque a las dificultades que el mismo plantea, a nivel de la teoría general del Derecho, se suman las que añade

¹⁵ GARCIA, Eduardo, “Manual de Derecho Internacional Público”, pág. 15.

¹⁶ ENDARA, Jorge, “Derecho Internacional Público”, Tomo I, pág. 67.

esta peculiar rama de la normativa jurídica.¹⁷ Según la primera acepción que considera fuente al lugar o hecho de nacimiento del Derecho, es decir el fundamento mismo, debemos remitirnos a las diversas doctrinas que explican el fundamento del Derecho internacional y en él hallar las fuentes.

Por la forma de creación o elaboración de las normas jurídicas, la fuente radica en la voluntad de los Estados, sea ésta acuerdo de voluntades o consenso, el mismo que puede ser expreso, a través de los tratados, o tácito mediante la costumbre.

Por los instrumentos, mecanismos o hechos que demuestran la existencia de las normas y que la generalidad de autores las denominan fuentes formales, se las clasifica en: principales constituidas por los tratados y la costumbre, y en auxiliares que son los principios generales del Derecho, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas.

Charles Rousseau, para señalar las fuentes, toma el punto de vista del fundamento, en sus dos doctrinas o concepciones, pero las proyecta de manera lógica y científica a una posición más real y moderna y así determina que según la posición positivista de Anzilotti y también diríamos subjetivista de otros, la fuente es el acuerdo de voluntades (fundamento) que se manifiesta en forma tácita por la costumbre y expresa en los tratados; y de acuerdo con la concepción objetivista (Scelle y otros) clasifica las fuentes en:

- a) Creadoras del Derecho Internacional tomando en cuenta los modos de creación de las normas que implica la existencia de fuentes materiales, que son variables según la época y el espacio, y que parten de las necesidades sociales, de la solidaridad social y hasta de aspectos filosóficos; todo ello fuera del ámbito jurídico propiamente dicho;
- b) Formales como los tratados y la costumbre; y,

¹⁷ DICCIONARIO JURIDICO, pág. 199.

c) Subsidiarias como los principios generales del Derecho y la equidad.

Es importante no confundir ciertos actos e instrumentos con fuentes del Derecho Internacional, como muchas veces sucede, ni con normas internas de cualquier jerarquía que únicamente pretenden viabilizar la aplicación de un tratado en el ámbito interno del respectivo Estado, esta normativa que frente al Derecho Internacional, no constituye sino un hecho que debe ser probado. Tampoco son fuentes las resoluciones o decisiones tomadas en reuniones internacionales o por organismos internacionales, que generalmente son simples recomendaciones; lo mismo ocurre con actas, memorias y otros documentos, de negociaciones o con la opinión pública que suele manifestarse, a través, de medios colectivos de comunicación muchas veces interesados, parcializados o simplemente guiados por razones de política interna.

Es importante señalar que desde el punto de vista del Derecho Positivo, encontramos un primer intento de determinación de las fuentes del Derecho Internacional dentro de la Convención de La Haya de 1907, (en la proyectada Corte de Presas) y actualmente como real derecho positivo en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que señala taxativamente las reglas a ser aplicadas por dicho Tribunal que establece lo siguiente:

"Art. 38

1.La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 59.

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”.

Se aprecia que esta disposición, además de enumerar las fuentes establece dos categorías: las formales o principales (o simplemente fuentes del Derecho Internacional) y las auxiliares o subsidiarias. Las fuentes formales son los tratados o convenciones internacionales, la costumbre reconocida y aceptada como Derecho y los principios generales de derecho. Las fuentes auxiliares pueden no ser consideradas fuentes, sino simplemente medios auxiliares para determinar las reglas de Derecho, como expresamente indica el citado artículo. Entre éstas encontramos a las decisiones judiciales y la doctrina; y, por fin la aplicación de criterios de equidad cuando las partes en un litigio facultan a la Corte a decidir ex aequo et bono, conceptos generalmente tenidos como sinónimos (equidad ex aequo et bono), a pesar de que doctrinariamente pueden ser considerados conceptos distintos.

En mi opinión, la fuente más importante del Derecho Internacional Público son los tratados habida cuenta que en ellos, obra el consentimiento expreso de los Estados intervinientes en su carácter de Altas Partes contratantes. Hemos dicho anteriormente, que los tratados internacionales, tienen la virtud de concretar, con precisión y claridad, por escrito, las normas jurídicas internacionales que vinculan a los Estados celebrantes por escrito.

La relevancia que corresponde a los tratados internacionales, está reconocida en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas cuando se reafirma la decisión de los pueblos de *"crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional"*.

Por otra parte, en la misma Carta de las Naciones Unidas, en el inciso a) del párrafo primero, del artículo 13, se vuelve a destacar la importancia, de los tratados cuando se menciona la codificación del Derecho Internacional:

"1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:

"a) Fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación."

La trascendencia de los tratados internacionales, también se deriva de lo dispuesto en el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas:

"1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible."

"2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este artículo podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas."

A partir de la creación de las Naciones Unidas, se ha incrementado notablemente la celebración de los tratados internacionales. Sobre este particular nos ilustra Max Sorensen, en el sentido de que, entre 1945 y 1955, se registraron y publicaron en la Secretaría de las Naciones Unidas doscientos veinticinco volúmenes con 3.633 tratados. A mediados de 1963, había registrados 7.420 tratados con 470 volúmenes.¹⁸ Estimamos que Max Sorensen participa de nuestro criterio, de conceder la mayor importancia a los tratados internacionales cuando expresa que, por ser fuente escrita, su precisión es considerable y hay una mayor

¹⁸ VEASE EN: ARELLANO, Carlos, “Derecho Internacional Público”, pág. 186.

certidumbre en cuanto al contenido del Derecho. Agrega además que el progreso del Derecho Internacional produce más tratados y la existencia de más tratados intensifica el progreso del Derecho Internacional.

Las materias que constituyen el contenido de los tratados internacionales son sumamente variadas. Éstas puede ser políticas, comerciales, económicas, administrativas, financieras, culturales, tecnológicas, científicas, condición jurídica de los individuos (personas físicas y morales de Derecho privado), constitución de organismos internacionales, conservación de la paz, alianzas, integración económica, y muchas otras.

Describamos brevemente a las fuentes del Derecho Internacional:

PRINCIPIOS BASICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL.-

Estos principios están enunciados en la Carta de la ONU, en la doctrina y jurisprudencias internacionales y en la *"Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas"* (res. 2625 [XXV], United Nations Office of Public Information, OPJ/424-00625, January 1971-15M.). Estos principios, proclamados por la Declaración, son los siguientes:

El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz, ni la seguridad internacional, ni la justicia.

La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta.

La obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta.

El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.

El principio de la igualdad soberana de los Estados; y,

El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta. Si bien la declaración no es un tratado, sin embargo recoge la doctrina y jurisprudencia y ella misma expresa que *"la fiel observancia de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas por los Estados, de conformidad con la Carta, es de la mayor importancia para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y para la realización de los demás propósitos de las Naciones Unidas"*.

Esta Declaración interpreta a la Carta de la ONU y constituye un buen catálogo de los principios que deben guiar a los Estados en su conducta internacional. Consideremos que estos principios son de “jus cogens” y por ende imperativos y obligatorios para la comunidad internacional en su conjunto.

La declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a la relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (res. 2.625 [XXV]) de la Asamblea General) puede considerarse declarativa de normas existentes de Derecho Internacional. Esta resolución que fue adoptada el 24 de octubre de 1970 por aclamación y sin ningún voto en contra, clarifica los principios fundamentales contenidos en el artículo 2° de la Carta de la ONU. Se trata de una interpretación de la Carta de la ONU por el acuerdo y la práctica de todos los Estados, por lo cual revela normas existentes sobre Derecho Consuetudinario.

LA COSTUMBRE.-

La manera más espontánea que tiene el conglomerado humano de crear una norma jurídica es aquella en que la sociedad realiza reiteradamente una conducta porque

la considera obligatoria. A este fenómeno social se le denomina “costumbre”. La costumbre, es la normativa jurídica ya definida en el Código de las Siete Partidas como “derecho o fuero que no es escrito, el cual han usado los hombres por largo tiempo, ayudándose de él en las cosas y en las razones por qué lo hicieron”. Las normas consuetudinarias —normas jurídicas que no hay que confundir con los convencionalismos sociales ni las reglas de cortesía— tienen un origen extraestatal, surgen en los grupos sociales cuando se puede hablar (dentro de los mismos) de una efectiva acomodación, generalizada y prolongada en el tiempo, a tales normas. Para muchos autores, la “*opinio iuris*” es un requisito ineludible de la norma consuetudinaria; se quiere decir con ello que la regla consuetudinaria se practica en el convencimiento de que es Derecho, de que es una norma vinculante, pues existe el deber de cumplirla.

En las sociedades modernas la costumbre, fuente independiente de Derecho, es fuente subsidiaria que sólo regirá en defecto de ley aplicable. En función de la relación de la costumbre con la ley, cabe hablar de las siguientes clases de costumbres: costumbre *contra legem* o contraria a la ley, cuya aplicación ha de ser rechazada; costumbre “*secundum legem*” o de conformidad con la ley que se trata de una costumbre interpretativa de la ley (la interpreta de un modo concreto) y que sin ser criticable, no vincula necesariamente a los tribunales; costumbre “*praeter legem*” que es válida por completo porque regula situaciones o asuntos no contemplados por la ley, que en determinados supuestos remite de forma expresa a la costumbre para reglar una materia concreta.

En todo caso y para que la costumbre pueda ser aplicada, es necesario que resulte probada su existencia.¹⁹

La manera más espontánea que tiene el conglomerado humano de crear una norma jurídica es aquella en que la sociedad realiza reiteradamente una conducta porque la considera obligatoria. A este fenómeno social se le denomina “costumbre”.

¹⁹ Microsoft ® Encarta ® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

La costumbre, en su carácter de fuente formal de normas jurídicas, requiere la reunión de los clásicos elementos objetivo y subjetivo. Objetivamente la costumbre requiere el "corpus", denominado por los romanos “inveterata consuetudo”, que consiste en la reiteración de una conducta, en una práctica repetida de actos u omisiones.

Por el lado subjetivo, la costumbre ha menester del "animus" como le llamaban los romanos y que hacían consistir en la “opinio juris sive necessitatis” u “opinio juris vel necessitatis”; es decir, se requiere la convicción de que esa conducta sea obligatoria. Si no se produce esta convicción, se está en presencia de un simple uso, de una simple regla de cortesía internacional y no frente a una norma jurídica internacional.

Es preciso distinguir entre costumbre (cortesía, “comitas gentium”) y costumbre jurídica o derecho consuetudinario, por cuanto sólo alcanzan relevancia jurídica, aquellos usos que se apoyan en el sentimiento jurídico o la conciencia jurídica (“opinio juris vel necessitatis”).

Los juristas internacionales hablan de una costumbre cuando se ha desarrollado un hábito definido y continuo hábito de llevar a cabo ciertos actos con la convicción de que, con arreglo al Derecho Internacional, son obligatorios o justos. Por otra parte, hablan de un uso cuando el hábito de realizar determinadas acciones se ha ido estableciendo sin que exista la convicción de que estos actos son obligatorios o justos conforme al Derecho Internacional.²⁰

LA DOCTRINA DE LOS PUBLICISTAS.-

La doctrina no es otra cosa que la creación teórica, la elucubración de los autores. En el campo del Derecho Interno ha dejado de ser considerada como una fuente y se la tiene como un medio auxiliar para mejor interpretar o aplicar la ley. No es productora de normas sino simplemente explicativa de ellas.

²⁰ ARELLANO, Carlos, “*Derecho Internacional Público*”, pág. 189.

En la esfera del Derecho Internacional, la doctrina tiende a ser tratada de igual manera y aún se discute si tiene o no la categoría de fuente, dado que el Derecho Internacional es una rama en plena evolución, que no ha alcanzado el grado de perfeccionamiento del Derecho Interno. Hasta hace relativamente poco tiempo, la doctrina tenía gran importancia y los gobiernos se remitían a las doctrinas expresadas por grandes autores como normas ante la ausencia de tratados o costumbres. Pero actualmente, está siendo relegada a un medio que sirve para interpretar los tratados, probar la existencia y determinar el alcance de la costumbre. En todo caso, se tomará la doctrina de los más destacados y eminentes autores de las diferentes naciones.

En etapas pretéritas, la doctrina ha sido fuente importante y luego ha coadyuvado en el desarrollo del Derecho Internacional, especialmente, a través, de varias entidades técnicas y científicas especializadas como la Corte Internacional de Justicia, a través, de sus opiniones consultivas, las mismas que no tienen efecto vinculante. Será siempre importante descartar que la doctrina de los autores, son concepciones que pueden estar influenciadas por razones políticas, nacionalistas, de patriotismo y hasta de conveniencia.

LAS DECISIONES JUDICIALES.-

Las decisiones judiciales, vienen a ser la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales, sean arbitrales o de justicia, los mismos que han impulsado el desarrollo del Derecho Internacional, pues fijan el contenido y alcance de las normas consuetudinarias y de los Principios Generales del Derecho y tamizan la doctrina y la concretan frente a un caso específico.

De estos tribunales, los más importantes han sido la Corte Permanente de Justicia Internacional, primeramente y luego su sucesora la Corte Internacional de Justicia, quienes han dictado una serie de fallos que además de solucionar la respectivas controversias, han significado un adelanto para el Derecho Internacional al determinar la aplicabilidad de ciertas normas y desechar algunas creencias y falsos principios.

Dentro de esta fuente auxiliar, hay autores que también incluyen a las sentencias de tribunales nacionales de justicia, cuando son dictadas sobre asuntos relativos al Derecho Internacional o a la aplicación de normas internacionales dentro del respectivo Estado.

LA EQUIDAD.-

Para Aristóteles, la equidad es *"la mitigación de la ley escrita, por circunstancias concurrentes en relación a las personas, a las cosas, a los lugares y al tiempo"*. Y se basa, según Visscher, en *"una justicia natural o ampliada, por oposición a la justicia legal, y para llenar los vacíos de ésta"*.

La equidad, en el campo doctrinario, opera en oposición al excesivo rigor de la ley (*"dura lex, sed lex"*), que puede conducir a veces a la comisión de injusticias (*"summum jus, summa injuria"*).²¹

La equidad es el criterio que tiene como objetivo alcanzar la justicia ponderando los intereses en cuestión y que podrá ser utilizado por los tribunales en la resolución de conflictos cuando la ley lo prevea expresamente, las partes así lo acuerden (siempre que la relación jurídica no sea indisponible) o cuando lo hayan pactado con antelación.

El Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia faculta a ese alto tribunal a resolver un litigio por la vía de la equidad, previo acuerdo de las partes interesadas. En efecto, la Corte, para decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, debe aplicar las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, las decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, según el citado artículo. La parte final de la norma expresa que:

²¹ VASCO, Miguel, *"Diccionario Derecho Internacional"*, pág. 219.

"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".

La equidad es el criterio que tiene como objetivo alcanzar la justicia ponderando los intereses en cuestión, y que podrá ser utilizado por los tribunales en la resolución de conflictos cuando la ley lo prevea expresamente, las partes así lo acuerden (siempre que la relación jurídica no sea indisponible) o cuando lo hayan pactado con antelación.

Vemos como de a poco llegamos a ubicar a los tratados internacionales como fuente del Derecho Internacional. Su base legal como ya indicamos, se encuentra en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Los tratados internacionales son fuentes creadoras de leyes, de normas jurídicas, de normas imperativas, sancionadoras, y además, de normas que pueden contener derechos e incluso algunas prerrogativas para funcionarios, tal como sucede con algunas de las normas que se encuentran contenidas en la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas. La parte que quiera suscribir un tratado internacional, solamente tiene que pensar en que su creación, dará lugar o nacimiento a una fuente creadora de derechos y obligaciones para las partes.

1.5.- Diversas acepciones de la palabra “tratado” en el Derecho Internacional.-

Acerca de la diversidad de denominaciones de los tratados internacionales nos dice Hans Kelsen: *"Algunas veces el tratado se llama acuerdo internacional, convención, protocolo, acta, declaración, etcétera; no obstante, el nombre no tiene importancia."* Agrega a pie de página que:

"En la jurisprudencia de los Estados Unidos es usual distinguir entre 'tratados' como convenciones internacionales que de acuerdo con la Constitución deben ser concluidos por el Presidente con la consulta y consentimiento del Senado y los llamados 'acuerdos ejecutivos' (executive agreements), que son tratados concluidos por

el Presidente o con la autorización del Presidente sin la consulta y consentimiento del Senado”.

Sobre los acuerdos ejecutivos en el Derecho norteamericano, agrega más adelante Hans Kelsen:

“La norma del Derecho Internacional que deja a la constitución del Estado la determinación del órgano u organismos competentes para concluir tratados, debe interpretarse en el sentido que el derecho internacional permite que la constitución efectiva del Estado establezca los órganos competentes para celebrar tratados. La constitución efectiva del Estado puede no ser idéntica con la constitución escrita, y es bastante posible -y frecuentemente ocurre- que la práctica de un Estado con respecto a la facultad de concluir tratados difiera de las normas de su constitución escrita. Ejemplos característicos son los llamados acuerdos ejecutivos concluidos por el Presidente de los Estados Unidos de América. A pesar que el artículo II, sección 2, párrafo 2, de la Constitución que expresamente confiere al Presidente el poder de realizar tratados sólo por y con consulta y consentimiento del Senado, numerosos e importantes tratados políticos son concluidos por el Presidente sin la consulta y consentimiento del Senado bajo el nombre de 'acuerdos ejecutivos' (Executive agreements).²²

Como se desprende de lo anterior, la denominación “tratados”, frente a la denominación “acuerdos ejecutivos”, tiene relevancia pues, la primera, alude a tratados que llevan la aprobación del Senado y la segunda, no requiere tal aprobación para los acuerdos internacionales, aunque constitucionalmente es requisito obtener tal aprobación. Bajo la denominación de “acuerdos en forma simplificada” Charles Rousseau, hace referencia a esos “agreements” para oponerlos a los “treaties”, o sea a los acuerdos ejecutivos frente a los tratados.

Concluamos este subtema, definiendo los principales términos con los que se ha identificado al tratado internacional:

²² KELSEN, CITADO POR: ARELLANO, Carlos, “Primer Curso de Derecho Internacional Público”, pág. 633.

ACTA: El Dr. Manuel Sánchez Zuraty, define a la palabra acta como “*la relación escrita de lo sucedido, tratado o acordado en una junta, reunión o asamblea*”.

Desde este punto de vista, podemos deducir que un Acta contiene no necesariamente una declaración de voluntad o voluntades, sino también elementos como resoluciones, imposición de sanciones, orden del día, y otros. No debemos olvidarnos que generalmente las Actas son firmadas por el Secretario General y deben constar en el archivo correspondiente.

DECLARACION: Podemos definir a la Declaración como una manifestación o exteriorización de voluntades, de resoluciones, o de hechos vinculantes que tienen que cumplirse o respetarse.

El Dr. Miguel Vasco, indica que la Declaración tiene en Derecho Internacional varias acepciones, puede proclamar determinados principios o reglas de Derecho Internacional; puede emitirse como concreción de las deliberaciones entre varios gobiernos, congregados en conferencia, y tomar forma de tratado. Puede además servir para interpretar determinados artículos de un tratado o como complemento del mismo. Finalmente como culminación de una entrevista entre jefes de Estado o cancilleres, éstos suelen emitir una "declaración conjunta", en la cual consignan aspectos sustantivos de sus acuerdos.

MODUS VIVENDI: El Dr. Rodrigo Borja en su obra: “Enciclopedia de la Política”, al referirse a esta palabra nos remite a la palabra concordato, y expresa lo siguiente: “*Viene del latín concordatum, y éste de concordare, que significa convenir. Concordato es el convenio celebrado entre un Estado y el Vaticano sobre asuntos eclesiásticos. Tiene la jerarquía de un tratado internacional, aún cuando el Vaticano no es propiamente un Estado. Por lo general, a través, del concordato, se regulan las relaciones de un Estado con la Iglesia católica y se establecen las normas de conducta del clero, la forma de nominación de las autoridades eclesiásticas, las disposiciones relativas a la educación confesional, el régimen de propiedad de la Iglesia y otros temas de esta índole.*”

En ocasiones, cuando no ha podido celebrarse un concordato, se ha suscrito un modus vivendi, que es un acuerdo de menor rango y de carácter provisional, generalmente contenido en un canje de notas diplomáticas, que tiene las mismas finalidades que el concordato. Fue célebre el concordato celebrado en 1802 entre Napoleón y Pío VII, que en cierto modo significó la reconciliación de la Iglesia y el Estado, muy distanciados a raíz de los acontecimientos que ocurrieron en Francia a partir de 1789. Hubo largas y difíciles negociaciones en torno al matrimonio de los sacerdotes, al nombramiento de los obispos, a la expropiación de los bienes de la Iglesia y a otros temas. El papa cedió a la mayor parte de las exigencias de Napoleón y pudo celebrarse el concordato (...).²³

PACTO.- *“Acuerdo obligatorio de voluntades. I Lo así convenido. I Convención jurídica desprovista de acción judicial. I Contrato. I Tratado internacional. I Cualquiera de las cláusulas o condiciones de un concierto voluntario, entre particulares o entre Estados. I Supuesto trato o convenio con el demonio, para obrar prodigios o sortilegios. A este respecto se distingue entre el pacto explícito, en que existe formal consentimiento humano; y pacto implícito o tácito, cuando se hace algo ligado al pacto aun no concertado expresamente (...).²⁴*

PROTOCOLO: Con esta denominación suele designarse a un instrumento menos solemne que un tratado, aunque a veces varios acuerdos internacionales importantes han revestido la forma de un Protocolo, como el que creó el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en 1920.

Por protocolo también entendemos el documento que registra las resoluciones de una conferencia internacional (acta final) Se habla de "protocolo adicional" cuando alude al complemento de un tratado anterior. El término Protocolo se utiliza, desde otro punto de vista, como sinónimo del ceremonial diplomático (sistema de ordenamiento de las precedencias) o para designar a la dependencia oficial de la Cancillería que se ocupa, entre otras cosas, de la aplicación del ceremonial. A mayor abundamiento diría que el Protocolo, en su sentido prístino y desde la perspectiva de su origen histórico, ha sido

²³ BORJA, Rodrigo, “Enciclopedia de la Política”, Tomo A-G, págs: 225-226.

²⁴ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”,pág. 288.

una expresión objetiva del poder o un instrumento al servicio de la idea de éste, para establecer un ordenamiento práctico en las relaciones de la autoridad con la sociedad.

Actualmente juega un papel significativo en el marco de las relaciones entre Estados y de sus representantes con la sociedad en su conjunto. Desde el punto de vista académico, el protocolo o ceremonial forma parte del derecho diplomático, que tiene un carácter adjetivo o de procedimiento respecto del Derecho Internacional; es una expresión jurídica y normativa de las relaciones internacionales. El establecimiento del orden de precedencia en los diversos niveles del poder es un rasgo esencial del protocolo, mediante una adecuada valoración jerárquica de sus representantes.²⁵

El tratado; por ser un contrato, no debe ser confundido con los varios documentos que, aún teniendo relación con los tratados, no constituyen por sí mismos el acuerdo; a saber, el memorándum, la propuesta, la nota verbal y el acta, La memoria o memorándum, es la nota diplomática que contiene una exposición sumaria de los hechos principales de un asunto, La propuesta, es el documento que comprende la oferta hecha por un Estado a otro. La nota verbal es el documento sin firma que contiene un resumen de conversaciones o sucesos y otros extremos semejantes, El proceso-verbal o acta, es el instrumento oficial o las minutas en las que se consignan las actividades o deliberaciones cotidianas de la conferencia y las conclusiones provisionales a que se ha llegado en la misma y es firmada usualmente por los representantes de las partes. El término protocolo, es empleado como expresión equivalente al acta -lo cual es impropio-, o más exactamente, como un acuerdo internacional en sí mismo, aunque sea usualmente de naturaleza complementaria y, tenga un carácter menos formal e importante que el tratado.²⁶

1.6.- Fundamentos y función del Derecho general de los tratados.-

Según el Diccionario de Encarta, *“El fundamento es el principio y cimiento en que estriba y sobre el que se apoya un edificio u otra cosa. || 2. Seriedad, formalidad de una persona (...). Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar*

²⁵ VASCO, Miguel, *“Diccionario Derecho Internacional”*, págs. 411-412.

²⁶ OPPENHEM, M.A., op cit., pág. 467.

algo. // 4. Raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza algo no material (...).²⁷

En consecuencia, una vez analizada la definición de la palabra “fundamento”, podemos indicar que el mismo radica en la importancia que tiene el tratado internacional, como acto de declaración de las voluntades de las partes comparecientes o intervinientes. El fundamento radica en que el tratado internacional, constituye fuente del derecho por excelencia, porque es un apoyo o respaldo formal (tal como reza la definición) de las partes que lo han suscrito y ratificado. Entonces, una vez analizado y suscrito un tratado internacional, el mismo servirá de fundamento para hacerlo cumplir y respetar, incluso mediante medidas coercitivas de organismos internacionales.

Podemos definir al Derecho de los Tratados como el conjunto de normas jurídicas que se encuentran en convenciones, declaraciones, acuerdos, protocolos y otros instrumentos, que rigen la vida jurídica-normativa de los tratados. Visto de esta manera, la función del Derecho de los Tratados, consistirá en proporcionar normas de acción a las partes involucradas en el mismo; sean éstas la comunidad internacional, Estados, organismos no gubernamentales (ONG's), organizaciones internacionales, personas naturales, personas jurídicas y muchas otras.

No debemos olvidar que el Derecho de los Tratados busca que todos los individuos que integramos la comunidad internacional adecuemos nuestras conductas a las prescripciones de aquél. Desde esa óptica, y con nuestra ayuda, el Derecho de los Tratados cumplirá una función exitosa.

Vale la pena recalcar que la principal norma jurídica que contiene dichas estipulaciones es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que fue firmada en 1969.

²⁷ Microsoft® Encarta® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

1.7.- Corrientes explicativas de los tratados internacionales:

1.7.1.- Teoría Europea

La integridad de los sistemas de vieja política internacional, a veces cambiados de nombres, a veces, o sin tales cambios, subsisten hasta nuestros días y, podemos agregar, en los últimos tiempos se exacerban muchos de sus errores. Tenemos por ejemplo a las alianzas, que se cumplen o eluden según las conveniencias del momento; los pactos de sumisión: en las variadísimas condiciones del coloniaje (dominios, en las comarcas de protectorado y los mandatos); y los tratados de todo género y las ofertas de toda clase, que se mantienen o rechazan según las conveniencias y a medida de la resolución de uno solo de los obligados. Así, cada cual es juez que decide, si ha de cumplir o no con lo prometido y en la medida que lo hará y durante qué tiempo.

Pero si ésta fuera, mera política de los Estados, o práctica cumplida por ellos, podríamos decir que alguien transgredió el Derecho y es responsable de esa transgresión. Al igual que en lo privado, tendríamos que el desconocimiento de los particulares no supone derogación de la fórmula prescrita. Lo que habría en lo internacional, sería únicamente la necesidad de acudir al medio apto para reparar el Derecho violado. Pero en el propio aspecto jurídico doctrinario existe algo, a veces bajo determinado aspecto de justicia y en otras ocasiones bajo el mero prestigio de una noción extrema o injusta del poder y virtud de la soberanía nacional, que hace que se acepte como normal esa ineficacia de los pactos entre naciones: a veces bajo determinado aspecto de justicia y en otras ocasiones, bajo el mero prestigio de una noción extremada o injusta del poder y virtud de la soberanía nacional.

Así surgieron en la doctrina los tratados de plazo limitado, que renueva una práctica tan antigua como la del gobierno griego de Solón, además de la facultad de desahucio de cualquier clase de pactos y convenios.

Por qué a los Estados, de vida ilimitada en el tiempo, no se les puede ligar a perpetuidad, cualesquiera que fueren los cambios experimentados en sus relaciones

con los demás. Esta realidad no puede ser desatendida sino que, por el contrario es de mucho peso, y que no lleva consigo la sorpresa ni el engaño, debido a que los demás contratantes se encuentran anunciados sea por la llegada del plazo o porque el desahucio deja un período de vigencia para la obligación.

Existe por otro lado, el límite puesto a la facultad de contratar de los gobiernos. Esto significa que el Estado no puede pactar sobre cuanto dice con relación a su existencia misma del Estado y sus derechos fundamentales, al igual que en materia civil, nadie puede renunciar a su vida, ni pactar una esclavitud, ni comerciar con su honra.

Estos límites son de una ética inequívoca, pero que por desgracia conllevan en lo internacional el peligro de incluir los derechos fundamentales de los pueblos, cuanto les toca o afecta, por la exacerbada vanidad que ha venido calificando, a la soberanía en los Estados modernos, a su soberanía. Ese fue el declive por el cual la teoría se ha deslizado hacia la aceptación excesiva, de aquella especie de convenio de buena voluntad por parte del obligado, que se ha denominado “entente”. La idea se formularía así: “cumpliré en cuanto pueda, haré lo posible”. Tal sistema electivo de parte del obligado, es todo lo contrario del deber jurídico que impone y manda, aún bajo amenaza de fuerza y presión.

Ese matiz volitivo y casi de mera elección, parece atribuirse, por autores tan calificados como Th. Niemeyer, a cualquier tratado o convención del orden internacional. Y así se expresa el autor citado, en el capítulo dedicado a los tratados, de su libro “Derecho Internacional Público”, en la siguiente forma: “*Según el conocido aforismo alemán: “cuando se oye una palabra se cree siempre que detrás de ella se esconde un pensamiento”*²⁸, se procura por regla general interpretar el concepto de tratado internacional, convención o acuerdo, tomando nota del concepto de contrato en el derecho privado. Con ello se levanta una barrera en el camino de la comprensión de los actos consensuales entre las naciones, tan extraordinariamente heterogéneos.

²⁸ PAREDES, Angel, “*El Nuevo Derecho Internacional*”, págs.: 21-22.

En el mismo Derecho Privado, el concepto del contrato data apenas de la teoría romanista del siglo XIX. Para llegar al conocimiento de la ley jurídica que se manifiesta y adapta a la vida de los Estados, no hay que partir, de una palabra y mucho menos de un término de Derecho Privado, sino directamente de la vida internacional con su variedad y su constante evolución. El fin de este conocimiento es la determinación de las consecuencias jurídicas propias de los tratados internacionales.

1.7.2.- Teoría americana.-

Muy diversa es la corriente que ha prevalecido y sigue prevaleciendo entre los tratadistas de América. Las reglas del Derecho Privado en la teoría de este hemisferio, aunque elaboradas y lógicas, afectan y esclarecen al Derecho Internacional, aplicándolas en cuanto no sean manifiestamente contrarias a las circunstancias del vivir de los pueblos. Claro que esa condición nos está indicando, desde luego, que no todas las consecuencias de los contratos entre particulares serán reconocidas e impuestas al vivir de las Naciones.

Así, en la propia América, se han establecido numerosas variantes a la teoría relativa a los tratados, en comparación con los preceptos civiles de los contratos. La doble tendencia jurídica, corresponde a algo que es peculiar a la doctrina del Nuevo Mundo, comparado con los sistemas europeos: el concepto de la soberanía este concepto es más rígido, formalista y tradicional en Europa, mientras que es más flexible, abierto e innovador entre nosotros.

Pero si en la sistematización doctrinaria, hemos encontrado verdaderos aflojamientos del lazo jurídico, la práctica del Viejo Mundo ha superado y destruido la momentánea estabilidad y ha roto esos vínculos tan frágiles. Pues no solamente se han desahuciado tratados con tiempo fijo antes de cumplirse, sino que se han desconocido toda clase de convenciones, en cualquier momento y del modo más inesperado, aún tan pronto como se hubieren establecido.

La práctica de arbitrariedad ha sido tan usada por políticos alemanes, que los condujo a afirmar, que los tratados eran meros pedazos de papel.

Permanece vigente para ellos la opinión de Bismarck: *"La política internacional es un elemento líquido que, en determinadas circunstancias, se solidifica transitoriamente; pero cuando cambia la atmósfera vuelve a su primitivo estado de agregado. La cláusula "rebus sic stantibus" se acepta tácitamente en los tratados que llevan consigo servicios"*.²⁹

Consideramos que en efecto, los tratados pueden ser firme valla contra la guerra y llevar en sí un sólido elemento para la paz de las naciones. Aún para obtener la restringida eficacia pacificadora compatible con los tratados y pactos bilaterales, se necesitan transformaciones y nuevas garantías de valor fundamental, que les den cierta estabilidad y vigencia, por los mismos comprometidos.

Los tratados deben ser como los contratos privados; una ley para los contratantes que no pueda derogarse sino por mutuo convenio de las partes o por causas legales. Entre los cambios supervinientes para modificar las relaciones mutuas se ha de contar el aviso circunstancial y justificado, por quien pretenda la innovación sin referirse a hechos consumados o a relaciones estabilizadas. Esto implica que:

La primera rectificación necesaria, es una de psicología política: la del espíritu que ha de informar al ejercicio del poder soberano. En otras palabras, se requiere despojar al poder soberano de cualquier vanidosa arrogancia que califique al gobierno de un país como el único apto para juzgar de sus decisiones; como se dice al hablar de la política interna de los pueblos. Nuestro siglo debe orientarse a exigir la igualdad entre los hombres, más que a mantener una formalista libertad. Este pensamiento es igualmente válido en las relaciones internacionales y por el que, rechazando la menor supremacía jurídica de un Estado sobre otro, se le mira sin embargo, al Estado sujeto al juzgamiento de sus iguales y a las exigencias de la cooperación internacional.

Mientras no exista en las relaciones de los pueblos un poder coercitivo superior que les obligue a cumplir sus compromisos, la razón última volverá a ser la guerra, en

²⁹ PAREDES Angel, *"El Nuevo Derecho Internacional"*, pág. 24.

espera de que el sentimiento del honor nacional y el mérito de la palabra dada, lleguen a ser virtudes de las naciones.

No obstante, algo podría conseguirse mediante el establecimiento de fórmulas de garantía para, el cumplimiento de los compromisos. Entre estas formulas podemos tener al pacto conjunto de varias potencias igualmente interesadas en que se respeten los convenios; o una fianza similar a la que se emplea en la vida de los particulares; con lo cual varios Estados se veían obligados a exigir, aún por medios coercitivos, el cumplimiento del contrato.

El procedimiento de mayor importancia que hoy se vislumbra para la eficacia de los pactos internacionales, es el establecimiento de los tribunales de Justicia, a los que se podría proveer de medios de fuerza suficiente para el cumplimiento de los fallos.

Las iniquidades de la esclavitud y de la servidumbre, de otro lado, que pudo borrarse de los sistemas legislativos regidos por la ley civil, subsisten en las relaciones entre los pueblos, con el mantenimiento de los sistemas coloniales y protectorados, explotados, sobre todo por Inglaterra.

El Dominio y la Colonia viven bajo un régimen de dependencia, que va desde el sometimiento casi puramente formal de algunos dominios (que recuerdan las uniones reales o personales, tan en uso en la historia) hasta la absoluta explotación colonial de los países atrasados.³⁰

1.8.- Universalidad y relativismo de las normas jurídicas internacionales.-

El tratamiento de la universalidad y el relativismo de las normas jurídicas internacionales nos obliga a recordar que la norma jurídica, cualquiera que ésta sea (nacional o internacional), debe aplicarse para toda la población. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define a lo universal como aquello que comprende o es común a todos en su especie, sin excepción de ninguno. Que lo

³⁰ PAREDES, Angel, “*El nuevo Derecho Internacional y las bases de la paz en América*” págs: 24-25.

comprende todo en la especie de que se habla y que pertenece o se extiende a todo el mundo, a todos los países, a todos los tiempos.

Un análisis, breve de los principios jurídicos que rigen el desenvolvimiento de la sociedad internacional, demuestra que, mientras algunos de ellos se aplican universalmente, otros, que son la mayoría, tienen una validez relativa; esto es, sólo tienen aplicación con referencia a un número determinado de Estados. Esta observación sencilla, que lleva a dividir las normas de Derecho de Gentes en universales, generales y particulares, hace muy poco tiempo que ha comenzado a ser ampliamente reconocida por algunos tratadistas.

Desde la época de construcción de nuestra ciencia privada, en efecto, una inteligencia en absoluto universalista de su validez, según la cual el Derecho Internacional -al menos, en principio- regía para todos los Estados. Esta concepción errada puede explicarse lógicamente e históricamente. Se debe, en primer lugar, a la fuerte preponderancia que tuvo el jusnaturalismo sobre el Derecho de gentes, al estructurarse éste como disciplina autonómica. En segunda instancia también se debe a la no menos preponderante influencia jusprivatista, debido a que gran parte de los juristas que se ocupaban de cuestiones internacionales, se habían formado previamente en el estudio del Derecho interno, el que, a primera vista, parece valer para todos los individuos que componen la sociedad estatal.

Tal concepción ha sido felizmente superada. Ya los internacionalistas que escribieron en la segunda mitad del siglo pasado ya sostenían que el Derecho de gentes era sólo aplicable a los Estados de Europa, o a los Estados cristianos o civilizados. Esto significaba, como se comprende, admitir, desde ya, una concepción relativista, que recién comenzó a adaptarse, en toda su significación, en lo que va del siglo. Cabe señalar la influencia que tuvieron, en este sentido, los autores americanos Alcorta, Quesada, Alvarez, Moreno Quintana, Yépez, y otros). Ellos comenzaron a llamar la atención sobre las soluciones especiales que recibían en América determinado

problemas de Derecho Internacional, con frecuencia diferentes e incluso opuestas, a las que establecían los principios vigentes en el Viejo Mundo.³¹

Un sencillo razonamiento los condujo a sostener, que existían normas jurídicas específicamente americanas, la sustantividad de la rama de Derecho que los agrupara. Esta es, en síntesis, la tesis de Alvarez, expuesta en su conocido libro “Le Droit International Américan”, cuya consideración no pudo menos que producir un explicable revuelo en los tradicionales centros jurídicos de todo el mundo.

Fue comentada allí y discutida a propósito de varias controversias que se debieron, en su mayor parte, a la mala interpretación de la teoría. Por fin, mediante un proceso, se terminó admitiendo plenamente el relativismo de las normas jurídicas internacionales, ya no con referencia exclusiva al Derecho americano, sino como una conexión general aplicable a todos los demás fenómenos regionalistas, y su corolario inmediato, que es la descentralización de la sociedad internacional.

Pocos son, en efecto, los tratadistas contemporáneos que rechacen de plano la idea de un Derecho de Gentes no exclusivista, o, al menos, la existencia de normas jurídicas válidas tan sólo para grupos determinados de Naciones, junto a los principios universales.

Estimamos que su admisión, a más de estar ampliamente fundamentada en el Derecho Positivo, cabe, sin desmedro alguno, dentro de las principales teorías jurídicas modernas sobre el fundamento y contenido del Derecho de Gentes. La concepción relativista es compatible, en efecto, tanto con una tendencia jusnaturalista, como con una estrictamente positiva; y, dentro del positivismo, con doctrinas tan dispares, como el normativismo kelseniano. También puede admitirse integrando una concepción monista o dualista.

Así, pues, el Derecho Internacional está dividido en universal o ecuménico (que comprende las normas aplicables a todos los miembros de la comunidad internacional,

³¹ PUIG, Juan, “*Principios de Derecho Internacional Público Americano*”, pág. 19

casi exclusivamente consuetudinarias), general, que abarca los sistemas jurídicos regionales, continentales o intercontinentales y particular, que abarca las normas vigentes entre dos o más Estados, pero sin sustantividad como para comprenderlas dentro de Derechos específicos.³²

Para toda esta clasificación que hemos anotado, los tratados internacionales juegan un papel esencial debido a que son fuente creadora de derechos y obligaciones.

³² PUIG, op cit., págs.: 21-22.

CAPITULO II

PRINCIPIOS BASICOS Y CLASIFICACIONES DE LOS TRATADOS

INTERNACIONALES

2.1.- Los Principios Básicos de los Tratados Internacionales:

2.1.1.- El principio del Pacta Sunt Servanda en los Tratados Internacionales.-

Esta cláusula significa “los pactos han de cumplirse”. Esta frase, expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado, por el Derecho Canónico: “Pacta quantum cumque nuda, Servanda sunt” (aún nudos los pactos, hay que cumplirlos).

Esta afirmación, que tan natural se estima hoy, constituyó en su momento una revolución jurídica frente al rígido formalismo contractual romano, que sólo reconocía acción procesal a ciertos pactos, mientras los restantes, los no incluidos en el favor de las fórmulas del Derecho vigente, los pactos nudos, eran entregados al espontáneo cumplimiento de las partes que los hubieren concertado; aun cuando la obra consolidadora del Derecho, que los pretores iniciaron y Justiniano completó en tantos aspectos, los fue amparando en la mayoría de los casos al ir ampliando el repertorio de convenciones con eficacia ante los tribunales.

Sobre la amplitud de la fórmula "pacta sunt servanda" se han planteado contrapuestos criterios. El más absoluto consagra, sin distingos, la eficacia de todo lo convenido verbalmente o por escrito, una vez probado el concierto de voluntades. Con respeto para la Moral y el mismo orden jurídico superior, se restringe su ámbito al excluir de la exigencia posible las cláusulas o contratos opuestos a las leyes de orden público, a la decencia y a las buenas costumbres.

Se borra con esta máxima el lindero procesal romano que a los pactos nudos no le reconocía sino valor de excepción, para impedir el posible arrepentimiento y tentativa de rescisión por parte del obligado que hubiera cumplido; ya que como obligación natural, una vez ejecutado lo convenido, no se admitía demanda de invalidación.

El principio "Pacta sunt servanda" se afirmó plenamente en el Derecho español en la ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá, al declarar: *“Sea valedera la obligación o el contrato que fueren hechos de cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro y hacer contrato con él”. Asimismo, en el Derecho, peculiar aragonés, y con origen consuetudinario, no significa otra cosa la máxima "Standum est chartae", aun cuando en este caso parezca hacerse referencia a la necesidad del acto escrito, para evitar la falibilidad o mala fe de los testigos en la prueba de los contratos verbales.”*³³

El tratadista Marco Monroy indica que este principio lo han reconocido y afirmado tanto la doctrina como la jurisprudencia internacionales. El fundamento jurídico reside en la paz, seguridad y convivencia entre los Estados. La norma de que los Estados deben cumplir los tratados, se encuentra establecida en el preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones, en el art. 17 de la Carta de la OEA, en el preámbulo de la Carta de la ONU y en el Pacto de la Unidad Africana.

Igual norma se encontraba en el art. 20 del proyecto de convención sobre el derecho de los tratados de la Universidad de Harvard. Es un principio de costumbre, justicia, moral y Derecho Internacional. El Protocolo de Londres de 1871, reafirmó el principio de que ninguna potencia puede modificar obligaciones pactadas sin acuerdo unánime, rechazando la denuncia tácita de los tratados.

Respecto del fundamento de este principio, existen dos tesis: 1ª) se basa en la voluntad de las partes contratantes; y, 2ª) es regla superior a la voluntad de los contratantes, ya que es un principio general de Derecho Internacional.

³³ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo VI, págs.: 4-5

El principio “Pacta sunt servanda” es una regla independiente del tratado, que es consecuencia de la moral internacional y exigencia de la comunidad internacional. Es una regla preexistente de Derecho Internacional, reconocida en el preámbulo de la Convención de Viena, al decir que *“los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma pacta sunt servanda están universalmente reconocidos”*.

Sin embargo de lo anteriormente señalado, es preciso destacar que existen casos en los cuales se puede ver afectada la aplicación del principio del “Pacta sunt servanda”, como lo veremos a continuación.

El artículo 26 de la Convención de Viena reconoce una norma “de lege lata”, y no de desarrollo progresivo, ya que se codificó y aceptó por unanimidad. Esta norma dispone: *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*.

Al respecto es preciso tomar en cuenta que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, estipula: *“27. 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”*.

El artículo 46 de la Convención en mención establece lo siguiente:

“46

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

A su vez, el artículo 49 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala lo siguiente:

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

El artículo 50 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, estipula:

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

De la misma manera, es procedente transcribir el texto del artículo 51 de la misma Convención que establece:

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

Asimismo, es importante destacar lo establecido en el artículo 52 de la Convención antes citada que dice lo siguiente:

“52. Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”.

Finalmente, creo conveniente citar el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que estipula lo siguiente:

“53. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

2.1.2.-El principio Rebus sic stantibus.-

Convención del Derecho Romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos. En virtud de la misma, las obligaciones subsistían mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación.

De sobrevenir un cambio importante en la situación general o en la prevista por las partes, el obligado podía resolver el negocio jurídico que le resultara en exceso oneroso. Esta cláusula también se opone al principio "Pacta sunt servanda", que obliga a cumplir en todo caso. A esta teoría se la conoce también como la Teoría de la Imprevisión y vamos a referirnos un poco más a fondo de ella.

En efecto, desde las primeras décadas del siglo XX, se conoce con el nombre de Teoría de la Imprevisión la posibilidad de modificar, por evidente lesión económica para el acreedor, ciertos contratos de tracto sucesivo o distanciados entre la convención y el cumplimiento por un plazo durante el cual se han alterado, por causas ajenas a las partes, las circunstancias pactadas originalmente.

Aunque ya es tarde para modificar una denominación difundida en lo internacional, sería más propia la de teoría de la variabilidad, por cuanto, sobre todo con la experiencia actual, más en los países corroídos por la inflación, cabe prever que van a haber cambios importantes en el poder adquisitivo del dinero; aunque haya que ser economista consumado, genial matemático o profeta sin más para poder calcular con certeza procesos tan convulsivos.

En virtud de la llamada teoría de la imprevisión, desenvuelta en el Derecho Administrativo, y también aplicada en el Mercantil, cuando un concesionario, y en general un deudor, sufra tales pérdidas que se vea comprometido el cumplimiento de su contrato en curso, la Administración Pública, o el acreedor de otra índole, luego de comprobaciones periciales que excluyan toda idea de culpa en el obligado, debe conceder a la otra parte contratante una indemnización parcial, como compensación de la pérdida sufrida en ese lapso denominado “extracontractual” y que no pudo ser previsto al perfeccionarse la convención.

A consecuencia de las situaciones creadas por la Guerra de 1914 a 1918, sobre todo por las graves oscilaciones en los cambios de monedas, y por la bancarrota de los países vencidos y las dificultades financieras de los propios vencedores, se produjeron graves problemas, de modo más palpable en el comercio, al tratar de cumplir o liquidar operaciones concertadas antes del conflicto bélico con las mismas monedas depreciadas luego de las hostilidades.

Estas circunstancias fortuitas e inevitables, derivadas de la guerra, aunque también pueden surgir de una sequía prolongada, del encarecimiento de los fletes, de la pérdida de valor de la moneda de curso legal, de las huelgas prolongadas, no han podido ser previstas por los contratantes, que se encuentran dentro del Derecho Común, obligados a llevar, a pesar de aquellas variaciones tan substanciales, el contrato a ejecución.

De aquí surgió la Teoría de la Imprevisión, que, aunque Ripert caracteriza desde el lado del acreedor, que incurre en suprema injusticia cuando usa implacable de su derecho y se enriquece a costa del deudor, en la realidad es éste el enriquecido, por pagar con dinero envilecido.

En realidad, esta Teoría data de la Edad Media, y se enuncia con la máxima “Rebus sic stantibus”, esto es, que las partes entienden valedero el contrato siempre que subsistan las condiciones económicas bajo cuyo imperio se pactó.

A la legislación positiva fue llevado este principio en Francia, por la Ley Failliot, de 21 de enero de 1918, cuyo texto expresa: *"Independientemente de las causas de resolución derivadas del Derecho Común o de los contratos, las transacciones y contratos celebrados desde el 1° de agosto de 1914 pueden ser resueltos, a petición de cualquiera de las partes, si se prueba que, en razón del estado de guerra, el cumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes traería consigo un gravamen cuya importancia rebasaría, en gran medida, las previsiones que pudieron hacerse, razonablemente, en la época del contrato"*.

La revolución y la equidad jurídicas que entraña a la par la Teoría de la Imprevisión se ponen de manifiesto en las actitudes contrapuestas que al respecto mantienen dos organismos máximos, en lo administrativo y en lo judicial en Francia, según recuerdan los Mazeaud. En efecto, el Consejo de Estado resuelve que cuando, a consecuencia de circunstancias que no podían ser previstas en el momento de la conclusión del contrato, el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes se ha tornado más difícil o más onerosa, el juez administrativo tiene poder para relevar de los compromisos. Así, la alta jurisdicción administrativa, en contratos realizados por compañías concesionarias de agua, de gas, de electricidad, ha autorizado la modificación de las tarifas contra la voluntad de los usuarios, y aunque tales contratos no hubieran llegado a expiración.

Sin duda, tal jurisprudencia tiene por finalidad asegurar una buena gestión de los servicios públicos. Constituye, sin embargo, una oposición a la regla: *"Pacta sunt servanda"*.

Negándose a seguir el camino señalado por el Consejo de Estado, la Corte de Casación se ha opuesto siempre a admitir que circunstancias imprevistas, que vuelvan más difícil la ejecución de un contrato, fueran de naturaleza como para liberar a un contratante de sus obligaciones. Solamente un acontecimiento de fuerza mayor es liberador; es decir, un acontecimiento no sólo imprevisible, sino irresistible: el cumplimiento debe haberse tornado absolutamente imposible; una simple dificultad no

basta; sobre todo el hecho de que el cumplimiento sea más oneroso de lo previsto no desliga al deudor.³⁴

Los autores se pliegan a la última posición, aun ya en decadencia. Opinan que no le corresponde al juez liberar de sus promesas a las partes: tal facultad no le puede ser reconocida sino al legislador. Este ha intervenido en algunos casos, singularmente para "revalorizar" las rentas vitalicias.

Semejante intervención por otra parte no carece de peligro; porque destruye la confianza en la palabra dada y crea la inseguridad en el comercio jurídico. El criterio precedente está saturado de inequidad, y basta para destruirlo sostener otra teoría no menos clásica, que es la del enriquecimiento sin causa; por cuanto el obligado, por hecho ajeno, reduce la prestación a una vileza.

Los mismos tribunales, en el curso de un litigio sobre responsabilidad civil, cuando dictan el fallo aplican los valores del día de la sentencia, y no los del día del daño. Bastaría trasladar ese criterio al de las obligaciones envilecidas por el tiempo para restablecer en lo económico la justicia, que aquí es sencillamente la justicia.

2.1.3.- Principio de buena fe.-

Como vimos anteriormente, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, también expresa que los tratados deben ser ejecutados de buena fe.

Este principio lo había enunciado ya el artículo 37 de la Convención para el arreglo pacífico de Conflictos Internacionales de La Haya de 1907 (art. 13), en el Pacto de la Sociedad de Naciones y en el artículo 2º, parágrafo 2º, de la Carta de la ONU.

El reconocimiento de que el principio de la buena fe es integrante de la norma “pacta sunt servanda”, fue reafirmado en el asunto de los derechos de los nacionales de los Estados Unidos, en Marruecos.

³⁴ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo VIII, págs.: 39-40.

Con respecto a las cláusulas de tratados que prohibían la discriminación entre las minorías, la Corte Permanente de Justicia Internacional, dijo que las cláusulas debían aplicarse de tal manera que quedara asegurada la ausencia de toda discriminación de hecho como de derecho.

El deber de cumplir las obligaciones de buena fe, enunciado en el artículo 2º, párrafo 2º, de la Carta de la ONU, se subordina al hecho de que hayan sido contraídas de conformidad con la Carta, pues de lo contrario se obtendría resultado no aceptable ni por el Derecho ni por la Moral. El artículo 13 del proyecto de declaración sobre derechos y deberes de los Estados, preparado por la Comisión en 1949, contiene la siguiente declaración: *"Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que derivan de los tratados y otras fuentes del derecho internacional y no puede invocar las disposiciones de su Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir ese deber"*. El artículo 14 decía que los Estados en sus relaciones deben sujetar su soberanía a la primacía del Derecho Internacional.

La cuestión se examinó en la Declaración sobre Principios de las Relaciones de Amistad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970, en que se dice que los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de la Carta.

Sin embargo, el Comité Especial que redactó la Declaración antes mencionada, no se pronunció sobre la propuesta consistente en negar a los Estados el derecho de eludir el cumplimiento de sus obligaciones, alegando su incompatibilidad con las leyes nacionales o de política nacional.

El principio de buena fe es un principio ético y de derecho, que se impone a los Estados, independientemente de toda convención. Es un principio indispensable para poder garantizar la seguridad internacional y para evitar la simulación y el engaño en las relaciones internacionales.

Para algunos autores, la buena fe es el fundamento de todo Derecho Internacional. Ahora bien, éste establece una presunción general de buena fe. Además, la buena fe, al

igual que otros principios generales de derecho como el enriquecimiento sin causa, limita el poder discrecional de los Estados, y no solo forma parte del principio “Pacta sunt servanda” (art. 26), sino que es norma general para la interpretación de los tratados, como perentoriamente lo establece el numeral 1 del artículo 31 de la Convención de Viena.

Lo anterior significa que un tratado que sea concluido de mala fe, sería violatorio del principio “pacta sunt servanda”. Esto, por cuanto este principio implica una obligación jurídica: hay que respetar no solo la letra, sino el espíritu del tratado, absteniéndose de ejecutar actos que desvirtúen su genuino sentido o que lo contraríen.

Desde luego que en el artículo 26 no se dijo expresamente que la buena fe formara parte del principio “Pacta sunt servanda”, pero esta interpretación se ajusta a lo dicho por varias delegaciones y al sentido que se desprende de dicha norma legal.

Algunos países decían que la norma “Pacta sunt servanda” está limitada por la buena fe, por cuanto sería injusto darles validez a los tratados que no tengan objeto lícito, causa lícita o contrarios al “jus cogens”, o concluidos por la fuerza. Sin embargo, lo anterior no fue aprobado por la Convención de Viena, aunque el Comité de Redacción expresó que en la norma “Pacta sunt servanda” está implícita la noción de buena fe.

Por último, un tratado concluido de buena fe está amparado por la presunción general de buena fe, que puede ser desvirtuada mediante la alegación de una de las causales de nulidad tipificadas en la parte V de la Convención de Viena, siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 65 y 66 de dicha convención.³⁵

2.1.4.-Principio “pacta tertiis nec nocent nec presunt”.-

En general, se considera tercero al Estado que no ha ratificado ni firmado un tratado. El principio que rige esta materia se enuncia diciendo “Pacta tertiis nec nocent nec presunt”, lo que significa que los acuerdos internacionales no pueden ni perjudicar ni favorecer a terceros Estados.

³⁵ MONROY, op cit., págs.: 130-131.

Este principio, lo han aceptado el Derecho convencional, la práctica diplomática, la doctrina internacional y las jurisprudencias internas e internacionales. Así, por ejemplo, fue expresado en el artículo 1° de la Convención de Arbitraje Franco-Británica del 14 de octubre de 1903, en el artículo 234 del tratado que instituye la Comunidad Económica Europea y en el artículo 194 del Tratado de la Comunidad Europea de Energía Atómica.

En la jurisprudencia internacional, dicho principio fue expuesto en la sentencia arbitral dictada por el zar de Rusia el 25 de mayo de 1891, en el litigio franco-holandés relativo a las fronteras de Guayana, que dice que la Convención franco-portuguesa no es oponible a los Países Bajos. En el asunto de la fábrica de Chorzow, Polonia pretendió prevalerse de la Convención de Armisticio del 11 de noviembre de 1918 y del Protocolo de Spa del 1° de diciembre el mismo año, lo que fue rechazado por el tribunal en sentencia del 25 de mayo de 1926.

Igualmente, el principio lo reafirmó el Tribunal Permanente de Arbitraje en la sentencia del 4 de abril de 1928, en el asunto de la Isla Las Palmas o Miangas. Cabe advertir que el tercer Estado no es parte en el tratado, pero ello no implica que no tenga nada que ver.

Respecto de los Estados que no son parte, tiene efecto la regla “Res inter alios acta, aliis nec nocere nec prodesse potest”. Esta norma figura en el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dice: *"Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento"*.

El reconocimiento de la regla “Pacta tertiis nec nocent nec presunt”, se funda no solo en la relatividad de vínculos jurídicos, sino en la soberanía e independencia de los Estados.

Los tribunales internacionales han sostenido que los tratados, sean bilaterales o multilaterales, ni imponen obligaciones a Estados que no son parte en ellos, ni modifican en modo alguno, sin su consentimiento, sus derechos legítimos.³⁶

³⁶ MONROY, op cit., pág. 133.

2.2.- Importancia de la clasificación de los tratados.-

Como se podrá apreciar en el tema 2.4 del presente Capítulo, existe una clasificación adoptada por la doctrina con respecto a los tratados internacionales. La importancia de la clasificación, radica justamente en que nos enseña un orden metódico y sistemático para el entendimiento doctrinario y técnico del tema propuesto. Lo que la doctrina ha pretendido entonces es, ayudar al lector o a la persona que por razones de su profesión u oficio se encuentre involucrada en el tema (como es mi caso para la obtención del título de Doctora en Jurisprudencia), a enfocar y circunscribir de mejor manera al tema relacionado con los tratados, a fin de afianzar una clara idea sobre lo que se va a tratar.

Al margen de las diferentes clasificaciones de los tratados internacionales realizadas doctrinalmente, la perspectiva de examen más conveniente es la de considerar los grupos de tratados recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, destacando las particularidades de su regulación.

En primer lugar, la Convención antes citada nos sitúa por la forma ante dos clases distintas de tratados, según que hayan sido o no celebrados en forma escrita; y en el mismo precepto se contraponen los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y los concluidos entre Estados y otros sujetos de Derecho Internacional.

En segundo término, la Convención de Viena alude a un grupo particular de tratados, que son instrumentos constitutivos de una Organización Internacional.

Respecto a estos tratados, se observa en la Convención de Viena de 1969 un equilibrio entre la aplicación de las normas de este último y las específicas de la propia organización de que se trate.

De otro lado, en atención al número de Estados Partes, la clasificación más importante es la que se refiere a los tratados bilaterales (en los que sólo dos Estados son partes) y los tratados multilaterales (en los que existe una pluralidad de Estados partes).

Interesa destacar el dato de que los tratados multilaterales presentan ciertas características propias, derivadas de la indeterminación de las partes (pues se admite la participación de Estados que no han intervenido en su negociación por la vía de la adhesión).

Además, en los tratados multilaterales, existe una mayor complejidad, por la disolución que se produce en la pluralidad de regímenes particulares entre los Estados partes, como consecuencia especialmente del juego de las reservas, de los procedimientos de enmienda y de los supuestos de suspensión de la aplicación, aspectos que serán examinados más adelante.

Por último, es posible distinguir dos subgrupos de tratados multilaterales: los generales (abiertos a la participación de cualquier Estado, como consecuencia de su objeto y fin, que son de interés para la comunidad internacional en su conjunto) y los restringidos (aquellos cuyo objeto y fin afecta solamente a un reducido grupo de Estados, de manera que los Estados negociadores coinciden con los Estados partes). La consecuencia de esta distinción afecta a la existencia de regímenes específicos, respectivamente, respecto a la adhesión y a las reservas.

2.3.- El papel que desempeñan las normas convencionales en el ordenamiento internacional.-

Se entiende por norma jurídica como una regla de conducta exigible en la convivencia social, con trascendencia en derecho.³⁷

El Dr. Manuel Osorio, indica que a una norma jurídica se le denomina de esa manera porque es una significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y un lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes, deberes y faculta-

³⁷ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, pág. 686.

des, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos.

Con estas definiciones, pasemos entonces a tratar sobre la temática que nos ocupa. En efecto, los tratados internacionales han existido desde que dos comunidades políticas, en la antigüedad más lejana, han entrado en relaciones mutuas. De este modo, la evolución de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional, ha estado jalonada por acuerdos entre Estados, que constituyen testimonios del desarrollo histórico del orden internacional.

Pero al margen de esta valoración global en el plano histórico, la relevancia de los tratados en el sistema internacional puede apreciarse considerando, al menos, dos funciones esenciales:

a) En primer lugar, el ordenamiento internacional faculta a los Estados para que éstos puedan, mediante un tratado, limitar o modificar el ejercicio de los poderes soberanos que les corresponden, de conformidad con el Derecho Internacional General. Es cierto que, las restricciones a la independencia de los Estados no se presumen, aunque los Estados puedan limitar el ejercicio de la soberanía por vía convencional: así, regulando cuestiones que el Derecho Internacional General considera incluidas en el ámbito de la competencia doméstica del Estado, como el régimen de la nacionalidad; o autorizando la presencia en su territorio de fuerzas militares extranjeras, no obstante la exclusividad de la competencia territorial o renunciando al ejercicio de una facultad que el Derecho Internacional le concede.

Esta función del tratado, de modificar el ejercicio de la soberanía estatal, en una materia concreta, se potencia en atención al carácter preferentemente dispositivo (salvo en los supuestos de *ius cogens*) de las normas del Derecho Internacional General; pues los Estados, mediante acuerdo, pueden modificar en las relaciones *inter se* el contenido de la reglamentación general.

De otra parte, este resultado se posibilita por la elasticidad de la soberanía estatal. El Estado puede ceder convencionalmente el ejercicio de una determinada competencia,

si bien una vez terminada la vigencia del tratado, la facultad cedida en virtud de éste revierte de forma automática a su titular.

b) En segundo término, como se ha señalado por la doctrina en torno a la noción de los tratados-cuadro, los acuerdos internacionales pueden constituir el cauce para la satisfacción de los intereses comunes de un amplio grupo de Estados. Ello supone que los tratados poseen, como segunda función esencial, la de servir de medio para una cooperación pacífica entre los Estados, a través, de las Organizaciones internacionales. Así pues, el tratado cumple la función de dar vida a nuevas formas de relaciones pacíficas entre los Estados, en orden al desarrollo económico y social de los pueblos.

Las normas sobre los tratados han surgido en el ordenamiento internacional como resultado de la práctica de los Estados. La frecuencia de la celebración de tratados y la importancia de éstos en las relaciones internacionales, han consolidado las normas internacionales en la materia, en cada etapa de la evolución del sistema internacional. Al mismo tiempo, han suscitado la necesidad de su codificación, pues una precisión y sistematización del derecho consuetudinario sobre los tratados puede contribuir, de forma considerable, a la estabilidad de las relaciones internacionales.

Las importantes funciones de las normas convencionales en el orden internacional explican, por consiguiente, los distintos procesos de codificación interna e internacional, que han tenido lugar en el derecho de los tratados.

Desde el punto de vista internacional, los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, permitieron que fuera adoptado, primero, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el 23 de mayo de 1969, que entró en vigor el 25 de enero de 1980. Este texto, al que se ha denominado el «tratado de los tratados», regula el sector más importante en esta materia: los tratados internacionales celebrados por escrito entre los Estados.

Y, más adelante, la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones

Internacionales que, como se ha indicado anteriormente, se aplica exclusivamente a los tratados celebrados por escrito entre los sujetos expresados.

Respecto a los restantes grupos de tratados, es decir, los que se han celebrado en forma no escrita por Estados u Organizaciones con otros sujetos diferentes, continuarán aplicándose las normas generales del Derecho Internacional Consuetudinario existentes en esta materia, tal como se indica en el Preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Por último, desde el punto de vista interno, la adopción de esta Convención, impulsó en su día la codificación interna en ciertos Estados de las reglas en materia de celebración de los distintos tipos de tratados.

La codificación internacional llevada a cabo en materia de tratados internacionales que se concreta en las respectivas Convenciones de Viena de 1969 y de 1986, cabe ser calificada como un proceso de soluciones simétricas, dado que el segundo de los textos citados, sigue fielmente las soluciones arbitradas en 1969.

Por esta razón, las sucesivas referencias al derecho de los tratados actualmente en vigor van a concretarse en este último texto, sin perjuicio de referencias más aisladas a la Convención de 1986, especialmente en aquellos supuestos en los que se detecten cambios o soluciones ad hoc.

2.4.- Clasificación de los tratados según el número de los participantes.-

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

Los tratados que crean derechos son, por lo general, los acuerdos multilaterales, que tienen por objeto el ordenamiento fundamental de ámbitos en particular de la vida en común entre los Estados (por ejemplo, los tratados sobre derechos humanos o los

acuerdos sobre el orden comercial mundial). Los acuerdos contractuales se limitan, por el contrario, a la reglamentación de obligaciones bilaterales, como las que caracterizan los acuerdos de derecho privado.

La clasificación de un tratado en uno de esos dos tipos, puede ser significativa para la interpretación. En lo restante, sin embargo, el significado de una clasificación que tipifica de este modo, no se debe sobrevalorar. Esto es válido también porque existen numerosas formas mixtas (por ejemplo, la vinculación de la ayuda para el desarrollo con cláusulas para la protección de los derechos humanos) y, porque además, la voluntad de las partes expresadas en el texto del tratado, es mucho más importante que una tipificación, que siempre es bastante amplia.

Algunas opiniones en el Derecho Internacional moderno, consideran que la distinción entre tratados creadores de derechos y otros tratados, ha perdido actualidad.³⁸

Al considerar el carácter legal de los acuerdos internacionales y la función que cumplen en el derecho internacional actual, es importante observar la diferencia existente entre los tratados bilaterales y los multilaterales; en efecto, muchos tratados bilaterales conservan todavía la más estrecha analogía con los contratos privados de los individuos, tal como lo advertimos cuando desarrollamos el tema de las definiciones de contrato y convención (véase Capítulo Uno de la presente investigación).

Cuando dos estados promueven intereses particulares, en el fondo reglamentan mediante una norma general de Derecho su acuerdo, siendo que este puede tener derivaciones de Derecho Internacional, que involucran, de alguna forma, los intereses de la comunidad internacional.

Un acuerdo destinado a reglamentar las condiciones de cesión de un territorio, como por ejemplo la venta de la Luisiana por Francia a los Estados

³⁸ HERDEGEN, Matthias, “*Derecho Internacional Público*”, pág. 119.

Unidos, en 1803, puede ser muy similar a una escritura de venta formalizada entre dos dúos de un mismo Estado.

El Tratado de 1818, por el que Gran Bretaña otorgó a los Estados Unidos derechos especiales de pesca en los bancos de Terranova, recordaba los trámites seguidos para la imposición de una servidumbre similar, por ejemplo, la de *profits á prendre*, legislada por el derecho común. Estos tratados, que constituían contratos estrictamente privados, no eran en sí mismos, fuente de Derecho Internacional, pero las controversias planteadas con respecto a su interpretación podían referirse a puntos de derecho implicados en la celebración del contrato.

Otros tratados llegan a tener un alcance más amplio, y se introducen en un campo, que en el derecho local, estaría cubierto por las disposiciones legislativas y las funciones ejecutivas. Los individuos, cuando se ven enfrentados con reclamaciones de intereses que las reglas existentes de derecho no pueden solucionar, se dirigen a la legislatura nacional del Estado, para que la misma sancione una regla general que contemple los problemas planteados.

Como los Estados no pueden recurrir a una legislatura internacional, se ven obligados a hacer, por sí mismos, de dos en dos, o en pequeños grupos, lo que la comunidad, en conjunto, es incapaz de lograr.

De esta situación deriva la multiplicidad de tratados bilaterales destinados a la solución de problemas que, en derecho local, caerían dentro de la jurisdicción de los poderes legislativo o ejecutivo del gobierno.

Los criminales fugitivos deben ser devueltos al país cuya ley han violado, para ser sometidos a juicio por ante los tribunales locales. Pero, debido a las diferencias del Derecho Penal de los distintos Estados; y, especialmente, a los distintos criterios con que suelen contemplarse los delitos políticos y los criminales, las naciones no han logrado concluir, hasta ahora, una convención internacional general sobre extradición, que reemplace los innúmeros tratados bilaterales que atestan los archivos

de las cancillerías, y suscitan, también, innumerables divergencias de interpretación, que dificultan el ejercicio de la extradición.

De igual manera, los numerosos tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación, representan la tentativa de un Estado, de establecer relaciones con otros, vinculados a intereses que, hasta ese momento, no ha sido posible aunar bajo una norma-única de derecho internacional.

En contraste con estos acuerdos bilaterales, existen dos grupos de tratados generales o multilaterales, que han sido denominados "tratados legislativos" y que, aunque difieren en muchos aspectos de las leyes del Derecho Nacional, expresan la voluntad común de las partes sobre los temas contemplados.

Algunos se ocupan de los intereses políticos de los Estados, y tratan de solucionar distintos conflictos, definiendo derechos y deberes, y estableciendo nuevos principios de Derecho Internacional.

Este fue el carácter que se dio al Acta final del Congreso de Viena, de 1815, la cual, a causa de la posición dominante de los países signatarios, llegó, con el tiempo, a convertirse en ley para toda Europa, y en cierta medida, para todo el mundo.

La Declaración de París en 1856, formalizada entre un pequeño grupo de Estados, llegó a adquirir el carácter de un tratado legislativo, gracias a la adhesión posterior de un conjunto más numeroso.

Las convenciones de La Haya de 1899 y 1907, llegaron a tener carácter de ley entre los Estados que los ratificaron.

El Pacto de la Liga de las Naciones fue, de manera similar, un gran tratado legislativo, pese al carácter indefinido de muchas de sus obligaciones.

El Pacto de París creó nuevos derechos y obligaciones y amplió el alcance del Derecho, tanto sustantivo como procesal.

La Carta de las Naciones Unidas que reemplazó el Pacto de la Liga de las Naciones es, en el momento actual, el documento legislativo internacional más importante.

Además de los tratados legislativos formales, de aplicación universal, debemos mencionar las sucesivas Declaraciones de las conferencias y reuniones interamericanas de cancilleres, de acuerdo a las cuales se han afirmado, periódicamente, principios de Derecho Interamericano.

Estas Declaraciones en buena medida no tienen fuerza de ley para el grupo regional, quedándose en muchos de los casos en meros instrumentos declarativos que terminan por convertirse en letra muerta de los acuerdos alcanzados. Sin embargo, representan una importante contribución de la comunidad interamericana al desarrollo del Derecho Regional, y expresan lo que se ha llamado, "la conciencia jurídica de América", o, en términos anglosajones, el "derecho común internacional".

Los tratados multipartitos que se ocupan de los intereses sociales y económicos de los Estados, son mucho más numerosos, pero intrínsecamente menos importantes que los relacionados con los intereses políticos. Estos acuerdos no definen, en general, los derechos y deberes de las partes en relación a los problemas preexistentes; proponen, más bien, un objetivo común, que debe lograrse por medio de la cooperación mutua y, por lo general establecen departamentos ejecutivos para el cumplimiento de los términos convenidos. Durante los últimos años, han llegado a abarcar una mayor variedad de intereses, y dentro del alcance del Derecho Internacional, pueden equipararse a la ley nacional en el vasto campo de la justicia social y estar por encima de ella en el caso de los tratados que se refieren a la protección de los derechos humanos.

El término "legislativo", aplicado por los juristas a estas convenciones multipartitas, debe ser interpretado con un carácter descriptivo y analógico, más

que en un sentido estrictamente legal. Se asemejan a la legislación dictada por los cuerpos correspondientes, pero difieren de la misma en varios aspectos importantes.

En primer lugar, los delegados que asisten a las conferencias y congresos en los que se redactan y establecen esas convenciones, no tienen, a pesar de sus títulos, poderes delegados que los capaciten para adoptar decisiones definitivas en relación al problema que se les plantea, y no forman parte de una autoridad colectiva que les permita controlar los actos de los Estados que no intervienen en la conferencia o, que si intervienen, no desean verse obligados por la decisión adoptada.

Vale decir que las convenciones adquieren vigencia sobre los Estados, recién después de la ratificación de las mismas, quedando los otros Estados en libertad de mantenerse al margen del acuerdo, regidos por la ley anterior, si es que existía alguna. En segundo lugar, la fuerza de las convenciones queda limitada por la posibilidad acordada a los países signatarios de denunciarlas, previa notificación correspondiente, liberándose en esa forma de las obligaciones adquiridas.

Pero, a pesar de estas objeciones, creemos que el término "legislativo" es adecuado para designar este tipo de acuerdos, ya que los mismos determinan y establecen, realmente, nuevas relaciones legales, al mismo tiempo que crean una nueva maquinaria administrativa para la atención continuada de los asuntos abarcados por el acuerdo.³⁹

2.4.1.- Clasificación según su apertura.-

Los Tratados abiertos, son aquellos tratados que prevén la participación de contratantes que no han participado en la negociación, mediante la adhesión o la firma. Este punto ha sido mencionado anteriormente en la Gestión de los Tratados.

³⁹ FENWICH, Charles, “*Derecho Internacional*”, pág. 490.

Los Tratados cerrados, son aquellos que permiten exclusivamente la participación de los negociadores y no prevén la incorporación de nuevos contratantes.

40

2.4.2.- Clasificación según la duración del tiempo.-

Según la duración, hay tratados con un plazo de duración determinado, pasado el cual se extinguen. También existen los tratados de duración indeterminada, salvo denuncia; y también tenemos a los tratados prorrogables, bien expresa o tácitamente.

Es muy frecuente la cláusula de prórroga tácita por períodos determinados, salvo denuncia expresa dentro de un término preestablecido.

Tenemos otras clasificaciones menos importantes de los tratados, como las siguientes.

Según la forma de conclusión, tenemos a los tratados concluidos en forma solemne cuyo perfeccionamiento exige un acto de ratificación autorizada por el Parlamento, la intervención en su proceso formativo del Jefe del Estado como órgano supremo de las relaciones internacionales, y el intercambio o depósito de los instrumentos de ratificación y los acuerdos concluidos en forma simplificada, que obligan en virtud de un acto distinto a la ratificación, manifestándose el consentimiento mediante la autenticación del texto del acuerdo o por un acto posterior a la autenticación, distinto de la ratificación, como la aprobación, la notificación, la aceptación o la adhesión.

En sentido amplio, podrían también considerarse acuerdos en forma simplificada aquellos en que el consentimiento del Estado se manifiesta verbalmente o mediante un acto o una conducta que exprese los elementos constitutivos de una oferta o de una aceptación de una oferta, según que el Estado sea oferente o aceptante, de un acto o una conducta complementarios de otro sujeto de Derecho Internacional.

⁴⁰ <http://www.monografias.com/trabajos5/derco/derco.shtml#clasi>.

Al hablar de formas simplificadas nos referimos al plano internacional, pues internamente siguen en muchos casos un proceso paralelo al de la ratificación. El número de Acuerdos en forma simplificada es enorme y sigue aumentando. Ello es jurídicamente posible porque el Derecho Internacional, no hace depender la validez de los Tratados de ninguna forma especial.

Y en la práctica ello se ve favorecido por factores como el aumento progresivo de las relaciones interestatales, su rapidez y tecnicismo crecientes, para hacer frente a las necesidades políticas y económicas de las relaciones internacionales, el aumento progresivo de la importancia del poder ejecutivo, y el formalismo y la lentitud del procedimiento parlamentario. Todo ello con la salvedad, sin embargo, de que dentro de las formas simplificadas la forma verbal es extremadamente rara.

Los gobernantes cuidan normalmente mucho de sus palabras cuando pueden tener una proyección exterior vinculante y la forma escrita por lo general se mantiene con toda su pujanza.

Según la naturaleza de los sujetos que participan, tenemos a los Tratados entre Estados, entre Estados y otros sujetos del Derecho Internacional, los concordatos de la Santa Sede con los Estados o los acuerdos de sede entre una organización internacional y el Estado en que ésta tiene su sede u oficina principal, y Tratados entre otros sujetos del Derecho Internacional, que son los acuerdos de las organizaciones entre sí.

2.4.3.- Clasificación según la jerarquía jurídica.-

Jerarquía es el orden de los elementos según criterios de valor. La jerarquía es la disposición de personas, animales o cosas, en orden ascendente o descendente, según criterios de clase, poder, oficio, categoría, autoridad o cualquier otro que conduzca a un sistema de clasificación.

El filósofo francés Auguste Comte fue el primero en clasificar las ciencias según un orden jerárquico. Comte se basó en tres criterios: grado de complejidad de los datos que estudian, exterioridad de su objeto con respecto al hombre (los astros o los

números) y momento en que acceden al conocimiento positivista (basado en el conocimiento empírico).

En una determinada sociedad, la jerarquía es el orden jerárquico de los elementos existentes, ya sean políticos, sociales, económicos u otros. En algunas sociedades tradicionales la organización jerárquica es el modelo de estratificación social. Es el caso de las castas en la India, jerarquía que se transmite de una generación a otra. En la Europa feudal el sistema jerárquico se fundó también en la herencia, pero presentó mayor flexibilidad. El sociólogo italiano Gaetano Mosca distinguió cuatro jerarquías políticas en el sistema social autoritario o feudal: 1) el tirano, César o déspota; 2) la clase política (situada a su lado); 3) la clase media (por debajo), y 4) la masa o pueblo. La sociedad francesa anterior a la Revolución de 1789 se organizaba en tres órdenes jerárquicos: nobleza, clero y tercer estado, según criterios de honor y prestigio.

El sociólogo estadounidense Talcott Parsons estudió la jerarquía de las funciones en el sistema social: en el grado jerárquico más alto situó la función de estabilidad normativa (valores) y la de integración entre las partes (normas), por estar inspiradas en el sistema cultural y social, y requerir un mayor control; la función de prosecución de objetivos (colectividades) y la de adaptación a los medios (roles) las situó en el grado inferior, por estar en contacto con la realidad concreta, operar sobre personas y grupos, y requerir, por tanto, un menor control.

La jerarquía es la estructura social más frecuente en el mundo de los animales, ya que establece un orden de dominación: la superioridad de un animal sobre sus congéneres es resultado de relaciones agresivas. El grado de poder y fuerza de un animal determina su jerarquía, que es reconocida por los demás miembros del grupo. Las estructuras jerárquicas son benéficas para la supervivencia de las especies, ya que reducen el número de combates e intensifican los acoplamientos en los individuos más fuertes, manteniendo la estabilidad genética de las especies.⁴¹

⁴¹ Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Dentro de esta clasificación, tenemos a los tratados-ley y a los tratados contrato. Los tratados-ley, son aquellos que intentan crear una norma de carácter general aplicable a toda la comunidad internacional o a una parte de ella, y los tratados-contrato son aquellos que prevén entre los contratantes un intercambio de prestaciones.

Esta terminología está hoy superada; tuvo su origen en la doctrina alemana del siglo XIX y su principal exponente es Triepel. Según Kelsen, esta distinción es incorrecta, ya que el Derecho en general, y el Derecho convencional en particular, es un medio para un fin, no un fin en sí mismo. La función esencial de cualquier tratado es la de crear Derecho, es decir, crear una norma jurídica, ya sea una norma general o individual.

Cuando los Estados buscan por medio de un tratado cualquier propósito, político o económico, éste se realiza en una forma jurídica; y cualquier tratado llamado normativo tiene un propósito político o económico. De ahí que una clasificación lógica de los tratados, es decir, una clasificación desde el punto de vista del Derecho Internacional, debe distinguir entre los diferentes tratados creadores de Derecho, y no debe diferenciar entre tratados creadores de Derecho y tratados para otros propósitos

2.4.4.- Clasificación según la materia: comerciales, políticos, culturales.-

Los tratados tienen contenido político o comercial. Los políticos pueden, por ejemplo, referirse a la mutua defensa en caso de ataques exteriores (que no serán válidos, por supuesto, si violan la Carta de las Naciones Unidas), a la garantía y respeto de un determinado estatus (así, se acuerda que una de las partes será considerada neutral en una guerra concreta). También pueden referirse a la preservación de las fronteras existentes.

Los tratados comerciales regulan cuestiones económicas, como la reducción de aranceles para los productos importados que procedan de la otra parte del acuerdo. Más recientemente, estos tratados contienen la llamada “cláusula de nación más favorecida”, con lo que cada signatario deberá dispensar al otro el mismo tratamiento que se haya dado ya o se dé en el futuro a una tercera nación. El tratado multilateral más importante de este tipo es el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio), que asegura

igual tratamiento a los nacionales de cualquiera de los países signatarios. Otro tipo de tratados establece el sometimiento de las disputas entre las partes al arbitraje de tribunales especiales o de instituciones como el Tribunal Permanente de Arbitraje o el Tribunal Internacional de Justicia.

El tratadista Guillermo Cabanellas, indica que el tratado de comercio consiste en la estipulación entre Estados, que establece las bases del intercambio de productos provenientes de otro o a él destinados. Suelen contener estos tratados de corta duración, pero renovados, relación precisa de las cantidades máximas o mínimas de las exportaciones e importaciones, con detalles minuciosos sobre cada mercadería, derechos de aduanas que regirán (por lo general rebajados mutuamente); a veces el cambio que se fija entre las monedas de ambos o sistema de compensación; y si el tráfico se hace por los particulares con más o menos libertad, o se somete a fiscalización rigurosa de cada Estado, que se convierte en comerciante simplemente.

Los tratados de comercio tratan de complementar las respectivas economías y racionalizar, en función de determinados intereses, los mercados internacionales.

Dentro de la clasificación de los tratados internacionales por la materia, pueden existir tratados culturales, que son aquellos que establecen vínculos de cooperación entre Estados o entre éstos y organizaciones internacionales, en materias referentes a educación, intercambios estudiantiles, etc.

Con respecto a las formas de dar consentimiento para obligarse, tenemos dos:

1.- De debida forma: Son aquellos en los que la voluntad de obligarse se expresa por un acto del jefe de Estado.

2.- De forma simplificada: Son aquellos en los que obliga al Estado un funcionario de categoría inferior al jefe de Estado, mediante la sola firma.

CAPITULO III

NORMATIVA JERARQUÍCA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y BREVE EXPLICACIÓN DEL MARCO JURÍDICO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

3.1.- Normativa Jerárquica del Derecho Internacional:

3.1.1.- Explicación de la Estructura Jerárquica y la norma fundamental del Derecho Internacional.-

La jerarquía es un término sustantivo en el Derecho Administrativo, en cuanto es expresión de la modalidad de la Administración. Este término implica no solo actividad tecnológica, sino también organización, esto es, un conjunto coordinado de autoridades y de servicios que determinan una estructura.⁴²

Para Villegas Basalvilbaso, la Constitución es una estructura estática y la Administración una actividad funcional; en la primera se sustenta el ordenamiento fundamental del Estado; mientras que, por la Administración se cumplen determinados fines del mismo. Aquella es un momento estático en la vida estatal; ésta en un momento dinámico.

Pero la Constitución no es suficiente para el obrar del Estado. Es necesario que los poderes que la ley fundamental organiza, se manifiesten al exterior por medio de instrumentos u órganos, cuya creación es condición necesaria para el cumplimiento de los fines de Estado y que funcionan, sea en nombre del Estado, o en nombre de las personas públicas estatales.

Del complejo de la organización administrativa, surge la jerarquía como uno de los elementos fundamentales. Méndez la define como *“una relación técnica interna de naturaleza administrativa, pero no puede deducirse por esto que su estudio interese*

⁴² OMEBA, ENCICLOPEDIA JURIDICA, Tomo XXI, pág. 41.

*solamente a la ciencia del derecho administrativo sino también a la del derecho constitucional, como veremos más adelante”.*⁴³

La noción de jerarquía está íntimamente ligada con la noción de organización del Estado moderno. La concepción originaria es obra del Derecho Eclesiástico como juridización de principios sacros: su aplicación concreta fue una consecuencia de la distinción entre fe y razón. La segunda etapa de la jerarquía, consiste en su recepción como principio de Derecho y es la consecuencia de la organización de Estado como reemplazante del Príncipe en el ejercicio del monopolio del Derecho. Hoy es el elemento necesario en la organización de los servicios administrativos del Estado, que contribuye a una coordinación armónica en su estructura.

Se entiende por jerarquía, la aplicación de un orden o grado referido a instituciones, personas o cosas, mediante el cual, lo que está en el grado superior con respecto a otro, se halla en una situación de preeminencia, o preferencia, o en un grado de superioridad.

En el orden conceptual, la idea se extiende a diversas aplicaciones y temas. Así, en Derecho Administrativo se habla, por ejemplo, de la jerarquía de los funcionarios públicos, y del recurso jerárquico, como un medio de peticionar, a fin de que se revoquen las decisiones del agente de la administración pública, por el superior.⁴⁴

Lo jerárquico está referido a la estructura de la administración pública, o sea al poder administrador, como uno de los medios que coadyuven a hacer efectivos las ejecuciones y el control administrativo. Desde este punto de vista, se le puede considerar como una institución jurídica de orden político-administrativo, es decir, de un elemento integrante de los muchos que posee el Estado para la ejecución de los fines del buen gobierno. Lo jerárquico es también parte de la ciencia de la administración y de la organización de empresas.

⁴³ TOMADO DE: Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, pág. 41.

⁴⁴ OMEBA ENCICLOPEDIA JURIDICA, Tomo XVII, pág. 116.

De lo que precede, es evidente que la jerarquía se encuentra íntimamente ligada también y fundamentalmente con la concepción de la Administración Pública. Sin embargo, el decir administración no quiere decirse Derecho Administrativo. Este último elemento también se exterioriza en el Derecho Constitucional.

Dentro del campo empresarial, lo empresario es un ente destinado a realizar diversas funciones en la comunidad. Conviene recordar que, de acuerdo con las funciones que ejecutan las empresas, pueden clasificarse en los siguientes grupos:

A) Empresas de producción directa.- En este tipo de empresas, fundamentalmente realizan extracción, y/o transformación de materia prima para cuya función se complementan la combinación de los distintos factores de la producción. Pueden subdividirse en los siguientes subgrupos:

i) Subgrupo agropecuario.- A esta categoría corresponden tres tipos de empresas con determinados perfiles dentro del orden de la economía de la empresa, y que son las empresas agrícolas, las ganaderas y las forestales.

ii) Subgrupo extractivo y de utilización de recursos naturales no renovables.- Se ocupan preferentemente de la extracción de materias primas que serán factores de producción de otros tipos de empresarios. A ellas corresponden las empresas mineras, las empresas productoras de combustibles, como el carbón y los hidrocarburos, y las empresas generadoras de electricidad y de prestación de servicios de telecomunicaciones.

iv) Subgrupo de transformación.- En este tipo empresario, hay transformación de materia en productos que pueden ser de dos clases: productos terminados y directamente destinados para la satisfacción de las necesidades del consumidor, como zapatos, automóviles, etc.; y, la otra clase de productos destinados para ser nuevamente factores de producción como ladrillos, cales, etc..

Lo empresarial está relacionado a una noción conceptual amplia, que es la organización. Por medio de la organización, el funcionamiento del ente y su estructura,

se halla relacionado a sistemas y métodos. Tanto en los procesos productivos manufacturados, como en la prestación de servicios, hay las llamadas líneas de autoridad, las líneas de respuesta y, además, el contralor.

La organización debe estar metodizada, es decir, normada. Hay leyes y reglamentaciones que rigen el funcionamiento de la organización. Si se trata de una empresa privada se regirá por normas escritas y no escritas. Los reglamentos y manuales como las órdenes internas de la empresa, son establecidas por la dirección o Administración para normar el funcionamiento de la misma.

Si se trata de la Administración Pública, ya sea centralizada o descentralizada, autárquica o no, se rige por las leyes orgánicas, por los decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos, cuyo conjunto de normas, su metodización, análisis o estudio corresponden al Derecho Administrativo.

La organización metodizada, incluye además una técnica de hacer, es decir, un conjunto de principios de diversa índole, individualizados, o agrupados en sistemas, que constituyen la teoría y técnica de la organización, administración. Y todo este conjunto de elementos hacen la ciencia de la administración. Desde este punto de vista, lo jerárquico trasciende al exclusivo aspecto de las clasificaciones de órdenes o escalones de funciones dentro de la estructura orgánica. Un conjunto de experiencias sin análisis y sin reducción a principios metódicos sería un conjunto de saberes sin rigor científico.

“(…) Así, en el saber vulgar, que coincide aproximadamente con la experiencia aristotélica, hay un realismo ingenuo que hace del mundo un conjunto de útiles y que no se preocupa por lo que permanece tras el cambio ni por las posibles regiones no dadas en la visión directa de la realidad espacio-temporal. Este saber carece, por otro lado de una voluntad de organización y de jerarquía, de una tendencia a la determinación de los elementos universales y típicos así como de una justificación última alusiva a la esencia del saber mismo. El saber científico, en cambio, no consiste en mera experiencia; a los elementos empíricos se añaden necesariamente los elementos aprióricos; a la averiguación de lo dado se agrega la investigación de lo

*supuesto; a la falta de método y de sistema se sobrepone la ordenación, la estructura, el sentido, la legalidad, la identificación, la casualidad (...)*⁴⁵

Dentro de este criterio científico, la jerarquía es un elemento para la administración científica. La jerarquía es el orden siguiendo el cual se clasifica al personal en las relaciones de superiores a subordinados.

El establecimiento de las jerarquías, debe llevar acompañado una perfecta distribución de funciones, el fraccionamiento de las atribuciones y la definición de las mismas. La distribución de funciones, aún susceptible de mejorarse, o mejor adaptarse a las necesidades, al ser distribuida, evita los rozamientos y equívocos y, al mismo tiempo, el fraccionamiento de las mismas; es decir, la especificación para cada grado jerárquico, o funciones de los departamentos, en los cuales, implica también el fraccionamiento de las responsabilidades. Por último, la definición, implica determinación de las atribuciones involucrando lo que precede, y no extendiéndose a lo que sigue.

Georges de Leener enumera cinco condiciones fundamentales para el establecimiento de toda jerarquización. Ellas son:

- a) Las funciones deben ser diferenciadas en tal forma que ninguno de sus titulares, tenga que poseer aptitudes dispares para cumplirlas de la mejor manera, y sobre todo, aptitudes contradictorias que no pueden reunirse en una sola persona.
- b) Si las circunstancias se prestan a peligros de choques o aún de confusiones en las responsabilidades, las funciones o los servicios en los que se producen deberán separarse netamente unos de otros.

⁴⁵ FERRATER MORA, José, CITADO POR: Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVII, págs: 15-16.

c) En cada función determinada en el orden jerárquico, cada empleado no puede depender más que de un solo jefe, al menos para cada uno de los objetos eventualmente diferenciados en sus atribuciones.

d) En cada grado se recomienda que cada jefe jerárquico no mantenga relaciones más que con unos cuatro o cinco subordinados;

e) El número de escalones jerárquicos, será reducido al mínimo compatible con el total del personal y con las necesidades de la diferenciación de atribuciones.

La posición escalonada de las funciones dentro de la organización supone diversas modalidades de escalones jerárquicos que responden también al tipo de organización que se haya adoptado.

1.- Aspectos de la organización del Estado.- Hace referencia al nivel organizativo del Estado y de sus instituciones. Como sabemos, la organización es el pilar fundamental de una sociedad, y con mucho más razón el Estado.

En un Estado de Derecho como es el Ecuador, el poder se halla regido a la normativa vigente; en otras palabras, los gobernantes y los funcionarios estatales y toda la sociedad, debe regular su conducta a dicha normativa.

El Estado, se encuentra organizado en las funciones: ejecutiva, legislativa, judicial, electoral y de transparencia y control social. Pero todos debemos sumisión al poder ejecutivo, porque así lo hemos decidido en las urnas. Las actuaciones de éste son válidas, porque la sociedad, a través del proceso democrático, así lo ha decidido.

De igual forma, podemos observar que dentro de la organización de las diversas instituciones estatales, existe una sumisión a la máxima autoridad y a nuestros inmediatos superiores, y no como debería ser a los planes y estrategias de desarrollo. Son ellos quienes determinan la organización dentro de la institución, y los trabajadores debemos regular nuestras conductas y actuaciones a la organización determinada por las autoridades.

2.- Elementos de un plan de organización.- En la organización empresarial hay dos aspectos de planeamiento:

a) Organización de la empresa.

b) Organización de los trabajos.

Esta diferencia se ve claramente, por ejemplo, en una empresa de construcciones en la que aparte de la estructura del ente, hay distintos planeamientos para la ejecución de las obras y cuya variación dependerá del tipo y la naturaleza de las mismas. Es totalmente distinto el planeamiento de la construcción de un edificio de pisos, a la ejecución de un puente o una obra de caminos, por la movilidad, inmovilidad de los equipos, determinación de las áreas de producción y trabajo, almacenamientos, inspecciones, control, etc.. Igual criterio hay para las manufacturas.

La fijación de los planes de acción es un paso importante, para ello se requiere un análisis previo y, además, la posibilidad de prever las consecuencias del mismo. En el diseño de un plan hay que incluir las relaciones, es decir, la autoridad, los deberes u obligaciones de ejecución o de otra índole, así como las responsabilidades.

En la autoridad hay decisión y mando y, por supuesto, jerarquías. Por la autoridad, que ejerce el superior puede exigir el cumplimiento de ciertos deberes al subordinado. La autoridad puede ser oficial cuando ha sido conferida por las normas imperantes en la organización, es decir, por las normas internas si se trata de una empresa privada y por las leyes, en sentido lato si se trata de la administración pública.

La autoridad puede ser funcional cuando la misma proviene de la función y su ejercicio, esto es, de los conocimientos especiales o habilidades intrínsecas para la misma.

Y, finalmente, la autoridad puede ser personal, esta última se basa en atributos puramente individuales como pueden ser la antigüedad, la popularidad, la facilidad de persuasión, la palabra y la facilidad de expresión, las condiciones naturales para el mando y todos los atributos que hacen la esencia de algunos tipos de dirigentes en

función política dentro de la democracia. Véase por tanto como los conceptos se interrelacionan y cómo las apreciaciones que se formulan tienen validez en distintos ámbitos de la vida social.

En la organización, los individuos tienen asignados deberes, es decir, las actividades que deben desempeñar por el cargo que ocupan, por una función, una labor, la tarea, o cualquier otro tipo de denominación. Y, por último, la responsabilidad que consiste eventualmente en reparar o dar satisfacción por el error y la pérdida o daño ocasionado en el cumplimiento de las funciones. La responsabilidad es un atributo moral, pero puede ser también civil o patrimonial y penal.

3. Diseño de la estructura de Organización.- Para proceder a diseñar una estructura del Estado, es menester considerar los distintos aspectos funcionales del mismo. Son los siguientes:

- a) Funcionarios de nivel jerárquico superior;
- b) Funcionarios directivos o jefes departamentales; y,
- c) Servidores públicos de menor jerarquía.

Los servidores detallados, pueden ejercer funciones de control, supervisión, de contabilidad, administrativas, entre otros.

4. Jerarquización militar o jerarquización en línea o jerarquización de tipo fayoliano.- La jerarquización de tipo militar se le llama así porque es el prototipo del sistema de organización de un ejército en sus actividades de línea y de operaciones, y probablemente la más antigua y primitiva forma de organización, usándose cuando se reunían varios individuos o grupos para las operaciones de la caza y de la guerra. Se le llama también jerarquización en línea, porque en la graficación del sistema, los escalones jerárquicos se hallan en línea perpendicular desde el grado superior en línea descendente hasta el grado más inferior. Se le llama jerarquización de tipo fayoliano, porque el ingeniero francés Henry Fayol en sus principios sobre administración de empresas, sentó los requisitos para ejercer el mando en este tipo de organización, en la cual las relaciones de línea están bien definidas.

La entidad que está controlada y dirigida por este tipo de jerarquías, tanto en orden público como en el privado, puede actuar con mayor rapidez y eficacia; la autoridad desciende desde los órganos directivos a los ejecutivos y de allí a los capataces y obreros.

Cada departamento, o cada división es una unidad, cualquiera que sea la clase del proceso de producción. La ubicación de los equipos, puede hacerse por proceso y por producto, de acuerdo con las modalidades de los diagramas de trabajo cualquiera que sea el método, con la jerarquía de línea se asegura una mayor responsabilización de los ejecutivos en sus funciones. Se usa preferentemente, en la pequeña y mediana empresa que optan por estas ventajas, frente a otros tipos de ventaja de los otros sistemas de jerarquías.

La organización de línea es más estable y jamás surge la duda sobre quien es el jefe. Cada departamento o división, depende directamente de un director general, por medio del cual se establecen las relaciones entre los mismos.

5.- Jerarquización funcional o de tipo tayloriano.- Frederick W. Taylor, es el creador de lo que después se llamó la dirección científica. A través de sus estudios y análisis de los tipos de organización imperantes en su época (fines de siglo pasado), concibió un sistema de jerarquías funcionales en el que cada unidad, dentro de la organización, está separada y delimitada por el tipo de función en la misma. La base del sistema Taylor, consistía en que cada función estaba a cargo de un experto en la misma y, por lo tanto, la relación del experto con cada uno de los obreros, ponía en proximidad con estos, quien pudiera estar científicamente mejor dotado para dar órdenes o aconsejar en caso necesario. Por eso también se le llama el sistema de los “capataces funcionales”.⁴⁶

Si se pensara en graficar las distintas relaciones, como se desarrollan en diversos textos, puede apreciarse que admite cuatro o cinco escalones jerárquicos, a saber:

⁴⁶ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XVII, pág. 18.

Primer escalón: Presidente de la empresa;

Segundo escalón: Director de fábrica;

Tercer escalón: Superintendente;

Cuarto escalón: Capataces funcionales; y,

Quinto escalón: Obreros.

En el cuarto escalón de los capataces funcionales, Taylor, divide las funciones de los mismos en dos clases:

a) Tareas de oficina;

b) Tareas de taller.

Dentro de las funciones de oficina hay cuatro que son:

- 1.- Encargado de costos y tiempos;
- 2.- Encargado de las tarjetas de instrucciones;
- 3.- Encargado de las órdenes de trabajo y hojas de ruta; y,
- 4.- Encargado de disciplina.

Para las tareas de taller, Taylor también prevé cuatro funciones a cargo, cada una de ellas, de un capataz funcional. Ellas son:

- 1.- Jefe de grupo;
- 2.- Jefe de velocidad;

3.- Jefe de reparaciones; y,

4.- Inspector.

Como puede apreciarse, en el cuarto escalón se separan las funciones en ocho, cuatro de tipo oficina y cuatro de tipo taller y cada una de esas funciones está a cargo de un experto, con lo que se divide el trabajo por especialidades, usando a cada hombre en la función directiva inmediata, en su plena capacidad.

El plan de Taylor se complementaba, desde luego, con las normas accesorias para la ejecución, como por ejemplo, establecimiento de estándares, y normas de trabajo, entrenamientos y eficiencia en los trabajadores y aplicación de incentivos para el pago de salarios, estableciéndose por Taylor la tarifa alta a la pieza y el trabajo a la tarea. La organización funcional, tal cual fuera concebida por su creador, fue desapareciendo hacia el primer cuarto del presente siglo, no obstante lo cual, los sistemas que le han sucedido, conservan los fundamentos de la idea funcional en múltiples aspectos, modificados en detalles, o con los correctivos que la experiencia de su aplicación han aconsejado introducir.

Observando cualquier cuadro moderno de organización, se percibe la influencia de la idea funcional, como por ejemplo en la estandarización de operaciones y cronometración de tiempos, estandarización de herramientas, tarjetas de instrucciones, hojas de ruta de trabajo, métodos modernos para medir y calcular tiempos y costos, sistemas de clasificaciones de herramental y de más elementos en almacenes y bodegas, y la función de planeamiento con criterio científico, son entre otros, diversas materias que complementan a la función jerárquica en la organización actual.

Trataremos ahora lo que la doctrina del Derecho Administrativo denomina poderes jurídicos de la jerarquía. En efecto, del ejercicio de este poder, surgen dos figuras jurídicas importantes: el deber de obediencia y el recurso jerárquico. El primero, sirve para establecer la extensión y los límites del poder jerárquico en la Administración Pública. El segundo, es la forma que utiliza el Derecho para revocar, reformar, o confirmar un acto en el ámbito administrativo.

Pero con esas dos figuras no se agota la forma de expresión del poder jurídico jerárquico. Además existen otros poderes como la delegación, la avocación, la aprobación, la autorización, etc., que se refieren siempre a las relaciones Inter orgánicas e Inter administrativas.

La avocación consiste en suplantar al inferior para dictar un acto administrativo o para conocer directamente de un acto del inferior o de un ente autárquico, fuera de los casos expresamente previstos en la ley o el reglamento y en todos los casos, a pedido de parte que tenga un derecho subjetivo o un interés legítimo lesionado por el acto cuya legitimidad se denuncia.

De lo que antecede se desprende que se trata de supuestos de actos cuya impugnación ante el superior jerárquico no podría hacerse de este modo si existiera alguna vía legal autorizada. Asimismo, el poder de avocación queda reducido a la legitimidad del acto administrativo; no al mérito.

El recurso jerárquico es la manifestación típica del funcionamiento del poder jerárquico en el Derecho Administrativo. Es la oportunidad que tiene el jefe superior de la Administración Pública para revisar los actos administrativos de toda la Administración, tanto centralizada como descentralizada, salvo disposición constitucional en contrario, que han sido impugnadas por sujetos privados (administrados y agentes públicos) o por otras administraciones con personalidad para hacerlo, dándoles mediante su confirmación, revocación, reforma o sustitución, el carácter de definitivos.

De este modo, concluye la vía administrativa o sea, queda concluido el procedimiento administrativo, para abrir la vía judicial. En la primera, la relación es de supraordenación o subordinación: la administración actúa como poder administrador, mientras que en Derecho Procesal, la relación jurídica se desarrolla con la intervención de dos partes, en una situación jurídica de igualdad, ante otra autoridad estatal (el órgano judicial), que forma parte de un poder distinto del Poder administrador.

La subordinación constituye el aspecto negativo de la supremacía jerárquica. Esta se manifiesta por el poder de mando, aquella por el deber de obediencia.

En el Derecho Público contemporáneo, dice Méndez, la subordinación se ha objetivado; es una relación orgánica que arrastra al titular sin llegar propiamente hasta el.⁴⁷

Se entiende a la palabra subordinación de la siguiente forma: Sometimiento o sujeción a poder, mando u orden de superior más fuerte. Dependencia (...) Inferioridad en la importancia, interés valor (...) Relación de dependencia disciplinaria de una persona con respecto a otra, facultad para ordenarle en la materia que establece obediencia del inferior (...).⁴⁸

Es conveniente aclarar que la subordinación jerárquica a que nos referimos, es siempre dentro de la organización administrativa, no sólo de la parte que se encuentra bajo la dirección del Poder Ejecutivo o de los entes autárquicos, sino de la administración correspondiente a los otros poderes.

Veamos, pues, cuál es la naturaleza de este deber. Cualquier necesidad jurídica de tener un comportamiento determinado, positivo o negativo, constituye un deber en sentido jurídico. Cuando los deberes forman parte de una relación jurídica, reciben el nombre de obligaciones.

Cuando los deberes tienen su origen en una norma objetiva o en una relación de Derecho Administrativo, reciben la denominación genérica de deberes públicos. El Derecho Público de los particulares respecto de la Administración, según tenga su fuente en la ley o en un negocio jurídico administrativo, es general o especial. Los últimos, son aquellos que surgen a favor del Estado o de un ente público en virtud de una relación de supraordenación a subordinación. Es una obligación que se impone a los

⁴⁷ OMEBA ENCICLOPEDIA JURIDICA, Tomo XXI, pág. 47.

⁴⁸ CABANELLAS, Guillermo, “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”, Tomo VII, págs: 534-535.

particulares por pertenecer a determinadas instituciones públicas, verbigracia, por tener la condición de agente público.

El deber de obediencia se encuentra comprendido dentro de la categoría de los deberes públicos particulares de origen legal. Es un deber público particular u obligación, en sentido amplio. Sin embargo, no siempre ha sido entendido así. Para la doctrina de mediados del siglo XIX, principalmente para la doctrina alemana, que asimilaba la función pública con el instituto conocido con el nombre de carga pública, el deber de obediencia, era concebido en concordancia con la esencia del sistema público que se encontraba en los prolegómenos del Estado de derecho. Ese camino conducía a la obediencia absoluta.

Dentro de la organización, y en la jerarquización, el mando es uno de los asuntos que ofrece mayores dificultades, porque aparte del aspecto conceptual que le ubicará dentro de las jerarquías, hay un factor de carácter personal, que aún siendo más difícil de medir, debe tenerse en cuenta. Coes, en su obra titulada “Mechanical Engineers”⁴⁹. Vol. 65 comentado por Alford y Bags, enumera las siguientes cualidades de un alto ejecutivo:

- 1) Carácter; esto es honradez, tolerancia y firmeza.
- 2) Ser ordenado en el pensamiento y en la acción.
- 3) Temperamento equilibrado y dominio de sí mismo, nada de puñetazos en la mesa.
- 4) Apreciar el tiempo, su valor y su uso.
- 5) Capacidad de asumir responsabilidades.
- 6) Capacidad para cooperar.

⁴⁹ TOMADO DE Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVII, págs. 24-25

7) Capacidad para hacer críticas constructivas y aceptar de buen grado las que se le hagan.

8) Habilidad para transigir cuando sea necesario.

9) Buen humor.

10) Amplitud de ideas.

11) Actuar sin dilaciones.

12) Sentido común para comprender que no es ningún signo de debilidad solicitar ayuda de personas competentes.

13) Claridad de pensamiento; capacidad para razonar partiendo de hechos, sacar conclusiones sólidas y luego actuar.

14) Buen criterio, actuando intuitivamente, a veces, sin la ayuda del razonamiento lógico. En realidad, con solo los hechos a mano en el instante en que tiene que tomarse la decisión, el razonamiento lógico basado en los hechos, producirá a menudo una conclusión en contradicción directa con la que dicta el buen discernimiento.

La unidad de mando, estrictamente significa que dentro de la estructura administrativa de la empresa, desde el jefe supremo hasta el inferior jerárquico, todo agente de la empresa, debe recibir órdenes de un solo jefe. La unidad del mando, es una condición de necesidad evidente, que por otra parte está unida al respecto por la vía jerárquica. Por ejemplo, si un jefe emite una orden para un inferior jerárquico, suponiendo un obrero, pasando por la vía jerárquica correspondiente, es decir, por el capataz, la consecuencia es vacilaciones para el futuro y, por ello, a pesar de la buena intención y el deseo de ahorrar tiempo, hay efectos que resquebrajan la vía jerárquica.

Sin embargo, a veces la unidad de mando, se ve perjudicada por la creación, dentro de la empresa, de la subordinación a varios jefes.

Por otro lado, para la substitución del mando no hay reglas fijas, excepto una que sería la siguiente: “El superior debe ser substituido por el inferior”. Supongamos que un jefe debe tomar vacaciones. Su cargo no será cubierto por unos días y es preciso mantener el sentido de permanencia de la función. Para ello, hay que reemplazarle durante esos días. Para substituirle pueden adoptarse dos criterios:

- a) Se le sustituye por un superior o un colega; y,
- b) Se le sustituye por el inferior jerárquico.

En el primer caso, el superior o colega considerarán la substitución como una carga, y aunque ello poco pueda influir en el resultado de la gestión, ningún beneficio trae; en el segundo caso, el inferior jerárquico que substituya a su jefe, estimará la designación como un halago y tratará de cumplir su cometido con la mayor eficiencia posible. Pero ello no es todo. Si se tiene en cuenta el aspecto de los ascensos del personal dentro de la empresa, entonces la regla de substitución adquiere la debida magnitud, porque no solamente se prepara al funcionario o empleado para el cargo inmediato, sino que se posee un elemento de selección.

Como hemos visto, no se concibe la empresa sin mando, como no se concibe una nave sin comandante. El mando supone dos tipos de cualidades que son:

- a) Cualidades y méritos personales; y,
- b) Las cualidades inherentes al ejercicio de la función.

La disciplina es la subordinación a la autoridad dentro de la organización, y el respeto por las órdenes. Nadie escapa a la disciplina, aún los directores y el mismo presidente de la compañía debe respetarla. La falta de sumisión a las jerarquías y a las

órdenes, constituye indisciplina, cuya repetición debe evitarse. Para ello se establecen las sanciones disciplinarias.

Con todos estos antecedentes, podemos enfatizar en que en todo Estado de Derecho, sobre todo en el Ecuador, debe existir una jerarquía y más aún en el Derecho Internacional, entendido como la obediencia de normas inferiores a normas superiores. Sólo por y, a través, de una acertada jerarquía, se cumplirán a cabalidad todos los objetivos y fines del Derecho Internacional.

3.1.2.- El orden jurídico universal.-

Al hablar de un orden jurídico universal, nos referimos a lo que para algunos autores es algo utópico, es decir, a la existencia de una sola autoridad en el mundo, la misma que nos pueda gobernar y, al mismo tiempo, los ciudadanos debemos guardar respeto y obediencia a la misma, so pena de ser sancionados.

Si la técnica jurídica evoluciona, tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoria que separa el Derecho Internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero, actualmente, tal Estado no existe y puede que nunca exista. Solamente desde un punto de vista teórico, podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el Derecho Internacional y los órdenes jurídicos.

Tal concepción desde luego, no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el Derecho Internacional y el Derecho Nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del Derecho Internacional y las de los derechos nacionales, deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el Derecho, desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del Derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándola a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas.

No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido A y de una norma de contenido no A. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no con ellas. Pero en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "A debe ser y no-A debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "A es y no-A es".

Cuando la ciencia del Derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del Derecho.

En la medida en que el Derecho Internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias, y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación.

En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas, supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y, por consiguiente, la existencia de un tercer sistema de

normas, superior a las dos primeras, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior.

En cuanto al modo de creación de la norma inferior, puede ser establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento a seguir para crear la norma inferior; en el segundo, se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes.

De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores, es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el Derecho Internacional y las órdenes jurídicas nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación a de una subordinación.⁵⁰

3.1.3.- Explicación de la Teoría Monista.-

Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, han sido ampliamente analizadas y discutidas doctrinariamente sobre la base de la exposición de dos teorías: la dualista y la monista, que dependen del fundamento mismo del Derecho Internacional, que sea el aceptado. Así, quienes adoptan el fundamento

⁵⁰ Kelsen, Hans, “*Teoría Pura del Derecho*”, págs.: 155-157.

subjetivista, basado en el voluntarismo sostienen el dualismo y los que parten del objetivismo (normativismo) confluyen en el monismo.

Para Charles Rousseau, no existen más que estas dos soluciones a este problema, el dualismo y el monismo. Así se ha tratado el asunto de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, con una enorme y profunda creación teórica en defensa de una y otra posición, doctrinariamente irreconciliables.

Pero la práctica de los Estados, tanto en el ámbito interno como en el internacional no se ha enfilado ni respaldado completamente en ninguna de las dos posiciones; y, la nueva tendencia ha sido pretender un cierto tipo de eclecticismo⁵¹. Actualmente este asunto de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, se halla en fase de ser superado por el alejamiento del estudio doctrinario puro del problema y, en su lugar, la realización de un análisis pragmático de la situación real que viven y han adoptado o van adoptando los Estados. Sin embargo, es necesario, brevemente, revisar tanto las dos teorías como el actual enfoque doctrinario y la práctica de los Estados.

Monismo (del griego, monos, ‘único’), en la filosofía occidental, doctrina según la cual la realidad última está compuesta en su totalidad por una sustancia. El monismo se opone así, tanto al dualismo como al pluralismo.

Se reconocen tres tipos básicos de monismo: monismo materialista, monismo idealista y la teoría mente-sustancia. Según la primera doctrina, todo en el universo, incluyendo en su ser el conjunto de los fenómenos mentales, se reduce a la categoría única de materia, como en los fundamentos del materialismo. En la segunda doctrina, la materia se considera como una forma de manifestación de lo concebido por la mente; y, en la tercera doctrina, la materia y la mente se consideran tan sólo aspectos de la una y de la otra.

⁵¹ definidas. || 2. Escuela filosófica que procura conciliar las doctrinas que parecen mejores o más verosímiles, aunque procedan de diversos sistemas. Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Aunque las filosofías monistas ya se expusieron en la Grecia clásica, el término monismo es reciente en comparación con su origen remoto. Fue utilizado por primera vez por el filósofo alemán del siglo XVIII Christian von Wolff para designar los tipos de pensamiento filosófico en los que se sistematizaba una tentativa destinada a eliminar y superar la dicotomía entre cuerpo y alma.

Aunque no resultara conocido por ese término, el filósofo holandés del siglo XVII Baruch Spinoza fue uno de los monistas más influyentes. Subrayó que tanto los fenómenos materiales como los espirituales son atributos de una materia subyacente. Su doctrina anticipó la teoría de la mente-sustancia.⁵²

En el Derecho, la teoría monista en cambio, parte del rechazo a la creencia que existen dos sistemas de Derecho completamente independientes y separados y, al contrario, considera que solo hay un sistema jurídico. Es el criterio de un ordenamiento unitario, de la existencia de un solo Derecho. En definitiva, el Derecho es uno solo, la naturaleza jurídica de las normas es la misma, sean internacionales o internas. Pero sí todas las normas se crean bajo el principio de subordinación de unas a otras estableciéndose jerarquías entre ellas.

Uno de los más notables exponentes de la teoría monista es Hans Kelsen, para quien todo el derecho es un sistema único, cuyas normas están jerárquicamente subordinadas y si bien dice que ese orden jerárquico puede ser elegido por cada persona, por cada autor, para unos tendrán primacía las normas internacionales sobre las internas, para otros será lo contrario. Pero para él, es el Derecho Internacional superior al Derecho Interno, tanto que el segundo es una derivación del primero, aunque su posición no la fundamenta científicamente sino en circunstancias de orden práctico, como el hecho de que lo contrario, la subordinación del Derecho Internacional al Derecho Interno produciría la fragmentación del Derecho Internacional en tantas partes cuantos Derechos Internos divergentes existan.

⁵² Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta © 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

La tendencia más amplia dentro del monismo ha sido la que da supremacía al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, pero también hay autores que opinan lo contrario tanto es así que se crea la Escuela de Bonn en Alemania, con autores como Kaufmann, Wenzel y Zorn aunque tuvo seguidores en Francia y otros países.

Esta escuela defiende la primacía del Derecho Interno, pero dentro de una unidad normativa, porque no existe un órgano supraestatal del que emanen normas jurídicas que rijan para los Estados y, al contrario, son éstos los que individualmente dictan sus propias normas internas de las cuales se derivan las internacionales e inclusive para la celebración y perfeccionamiento de los Tratados, cada Estado debe actuar de conformidad con su Constitución.

Las objeciones a esta tendencia se las hace con relación a que la sujeción a los preceptos constitucionales, para la celebración de los Tratados, se refiere solo a las normas provenientes de ellos, pero esto no tiene aplicación con respecto a la normatividad consuetudinaria; y, muy especialmente, al hecho de que si el Derecho Internacional depende de la Constitución de cada Estado se llegaría al extremo irreal que una modificación a la carta magna implicaría modificación y hasta derogación unilateral del Tratado. La tendencia más común es la que sostiene la primacía del Derecho Internacional sobre el interno, mantenida por la generalidad de los monistas como Hans Kelsen y Alfred Verdross fundador de la Escuela Austríaca, pero también seguida por autores franceses y otros, como Düguit, Scelle, Reglade, Politis, Bourquin, etc.

Para todos ellos, que parten de la posición de Kelsen, el Derecho Interno no es sino una derivación o una delegación del Derecho Internacional que jurídica y doctrinariamente está sobre el interno y este último debe adaptarse al primero.

El Derecho de Gentes es válido y debe ser aplicado directamente en la esfera interna de los Estados y no necesita del proceso de transformación. Se han planteado argumentos en contra de la teoría monista diciendo que con ella se confunden los dos sistemas de Derecho, el interno y el internacional, lo cual no es cierto ya que se distinguen uno del otro y hasta delimitan su alcance en uno y en otro ámbito; que el

Derecho Interno existió antes que el Internacional y no puede derivarse el segundo del primero, pero la fundamentación monista no se refiere al aspecto histórico de cuál sistema fue primero, sino a la prioridad jurídico-conceptual; y, que las normas internas no son derogadas tácita o automáticamente por el Derecho Internacional, sino que para ello se requiere del procedimiento legal interno, lo cual es refutado por constituir una simple formalidad que no afecta al fundamento de la teoría y más aún que sí se han dado casos de derogación directa de una norma interna por un Tratado como sucedió con el Tratado de Letrán celebrado en 1929 entre Italia y la Santa Sede, por el cual se derogó, sin ningún otro requisito, la Ley de Garantías (italiana) de 28 de mayo de 1871.

En la práctica, tanto interna como internacional, ni el dualismo ni el monismo han sido adoptados en forma global o total, sino que los problemas de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, han sido solucionados pragmática y casuísticamente, sin una sujeción estricta a alguna de las dos teorías sino tratando de mantener un equilibrio lógico, doctrinario, responsable y de justicia. Pero se han dado ciertos lineamientos, verdaderos principios, como:

- a) La inexistencia de normas internacionales provenientes de un Tratado concluido inconstitucionalmente;
- b) Un Tratado no deroga automáticamente a una ley interna;
- c) El Derecho Internacional no delega al Estado para determinar los órganos y procedimientos para la conclusión de los Tratados;
- d) No se admite el criterio de la existencia de dos sistemas jurídicos separados y herméticos el uno frente al otro.

En parte, por lo ocurrido en la práctica, los autores actuales, prefieren no profundizar, ni continuar la discusión respecto del dualismo y del monismo, que ya se lo ha hecho ampliamente, sino tratar estos problemas en forma pragmática, analizar y proponer soluciones prácticas y específicas, para lo cual es indispensable

partir de la distinción, entre la aplicación del Derecho Internacional en el plano interno de cada Estado y la aplicación del Derecho Internacional en el ámbito internacional.

La aplicación del Derecho Internacional en el ámbito interno de los Estados, puede producir dos situaciones:

- a) La adopción de la norma internacional en el Derecho Interno, a través, del proceso de recepción; y,
- b) El conflicto que se produciría si se introducen las normas internacionales al sistema interno y en él se hallan normas vigentes contradictorias.

Buena parte de la normatividad internacional debe ser aplicada en la esfera interna de los Estados, para lo cual todavía es necesario introducir las normas internacionales en el sistema interno o incorporarlas a dicho sistema y ello solamente es posible hacerlo de acuerdo con lo establecido por cada Estado en sus leyes y específicamente en su Constitución, ya que en este aspecto, no puede el Derecho Internacional imponer los procedimientos para que cada Estado cumpla, internamente, con las normas internacionales a las que se halla obligado.

Esta incorporación o introducción del Derecho Internacional al Derecho Interno es lo que se denomina la recepción, la misma que no es igual si se trata de normas internacionales consuetudinarias que si es de normas convencionales (Tratados).

La incorporación de normas provenientes de la costumbre internacional puede efectuarse mediante la emisión de leyes que recojan esas normas (recepción) o que se remitan a ellas siendo un caso de reenvío, institución más propia del Derecho Internacional Privado y por fin puede hacerse una recepción general de todo el Derecho Internacional consuetudinario, generalmente, a través, de una disposición constitucional en tal sentido, como ya ha ocurrido en varias constituciones como la alemana de Weimar del 11 de agosto de 1919, en cuyo Art. 4 dispone que la legislatura

está obligada a armonizar las leyes con las normas universales del Derecho Internacional.

Posteriormente la Constitución italiana de 1947 en su Art. 10 determina que *"el orden jurídico italiano se conforma a las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional"*; y, así otras varias constituciones como la española de 1931 y la filipina de 1935; hasta llegar a una de las más modernas que es la Constitución de la República Federal Alemana de 8 de mayo de 1949 que en su Art. 25 manifiesta: *"Las reglas generales del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Ellas priman sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal"*. Artículo con el cual además de incorporar directamente las normas internacionales a su Derecho Interno, está determinando de manera expresa la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno y más todavía cuando en su Art. 100 estatuye que un juez alemán puede rechazar la aplicación de leyes (internas) contrarias al Derecho Internacional, aunque bajo control del Tribunal Constitucional Federal.

Igualmente, en Inglaterra, donde es un principio que el Derecho Internacional es una parte del Derecho Interno, que se lo interpreta en el sentido de que con él se realiza la incorporación del Derecho Internacional al Derecho Interno, más aún cuando en el Common Law se considera que todas las reglas de Derecho Internacional consuetudinario que son universalmente reconocidas o que, en todo caso, han recibido el consentimiento del país, son parte del Derecho Interno.

La recepción o incorporación del Derecho Internacional convencional es quizá más clara e igualmente depende del procedimiento que establezca cada Estado y, generalmente, forma parte del trámite de ratificación de los Tratados, que requiere de la aprobación previa del Congreso o Parlamento y luego la promulgación del Tratado que concluye con la publicación en el órgano oficial, en el caso de Ecuador con la publicación en el Registro Oficial; en otros Estados tiene distintas formalidades como la “proclamación” en Estados Unidos. Todo esto en los Tratados que prevén disposiciones que pueden ser aplicadas directamente a los habitantes. De no ser así, se requiere de la emisión de una ley que permita o viabilice la aplicación del Tratado.

La Constitución Política ecuatoriana, actualmente vigente, en su artículo 425 dice lo siguiente:

"Art. 425.- [Orden jerárquico de leyes].- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas, las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Se remite exclusivamente a los Tratados y Convenciones Internacionales, es decir, al Derecho Internacional convencional, cuyas normas, luego de su promulgación, a través, de la publicación en el Registro Oficial, que se produce después del proceso de aprobación por la Asamblea Nacional en los casos que lo requieren, y de ratificación del Tratado por el Presidente de la República, entra a formar parte del Derecho Interno y sus normas prevalecen sobre las leyes y lógicamente sobre otras normas jerárquicamente inferiores a la ley. Pero en todo caso, los Tratados y Convenciones Internacionales, frente a normas constitucionales, estaría en condición jerárquica inferior, circunstancia que es corroborada por lo que estatuye el inciso primero del artículo 425 de la Constitución, antes transcrito.

Es importante tomar en cuenta lo establecido en el artículo 426 de la Constitución Política ecuatoriana vigente, que señala:

“Art. 426.- [Aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución].-

Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

De la lectura de este artículo se puede colegir que, lo atinente a la vigencia y protección de los derechos humanos que se encuentren consagrados en los Tratados y Convenciones Internacionales, en lo que respecta a su aplicación, se les otorga incluso un tratamiento privilegiado respecto de las normas constitucionales.

Adicionalmente, la Constitución ecuatoriana prevé la directa e inmediata aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, aún cuando no hayan sido invocados de manera expresa.

Ello, a más de que no podrá alegarse la inexistencia de normas que viabilicen el ejercicio de estos derechos humanos, siendo que se vuelve un imperativo que las autoridades judiciales y administrativas, tengan pleno conocimiento de todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos a fin de garantizar su real vigencia.

A su vez, el artículo 417 de la Constitución Política ecuatoriana vigente establece lo siguiente:

“Art. 417.- [Sujeción a la Constitución de los tratados e instrumentos internacionales].- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

Ello complementa el tratamiento constitucional que se da a los instrumentos internacionales que tienen que ver con los derechos humanos y, además, dejan bien claro el hecho de que no pueden existir tratados internacionales, en general, cuyas normas contradigan el texto constitucional.

Sin embargo, es preciso hacer notar que nada dice la Constitución ecuatoriana respecto a la relación y aplicación del Derecho Internacional consuetudinario frente al Derecho Interno, por lo cual se deben tomar en consideración disposiciones legales inferiores a la Constitución como la del Código Civil que señala que la costumbre será tomada como norma únicamente cuando la ley se remite a ella (artículo 2) y por tanto, en al ámbito interno ecuatoriano, solamente en tales casos sería aplicable el Derecho Internacional consuetudinario.

Una situación especial que puede darse en la aplicación del Derecho Internacional en el ámbito interno es que, efectuada la incorporación, se encuentra que existen normas internas contrarias que dan lugar a un conflicto que debe ser resuelto estableciendo cuáles normas prevalecen sobre las otras. En esta situación, también pueden presentarse dos casos de conflicto, uno entre el Derecho Internacional consuetudinario y el Derecho Interno y otro entre los Tratados y las normas internas.

En el primer caso, es generalmente aceptado que prevalece la ley interna, es decir, que ésta debe ser aplicada si existe oposición o contradicción con las normas consuetudinarias internacionales, solución aceptada por varios países tales como Estados Unidos de América, Gran Bretaña y Francia.

En el Ecuador, como ya se indicó, la Constitución nada dice en forma específica al respecto, pero de su legislación secundaria se infiere que cuando existe conflicto entre la ley y la costumbre interna prevalece la ley, ya que la costumbre es norma que se la aplica como tal, solamente cuando la ley se remite a ella, lo cual podría aplicarse, como principio, en el caso de la norma consuetudinaria internacional frente a la Ley.

Pero las legislaciones más modernas como la de la República de Alemania, dan primacía inclusive al Derecho Internacional consuetudinario sobre el Derecho Interno. Cuando el conflicto se presenta entre el Tratado y la ley, se reconoce la preeminencia del Tratado; sin embargo, se distinguen dos circunstancias: si la ley es anterior o posterior al Tratado. Si el Tratado es posterior a la ley, sea que se lo considere de igual o mayor jerarquía que la ley, primará el Tratado. Pero si la ley es posterior al tratado habría que remitirse a la Constitución de cada Estado, aunque se considera doctrinaria y generalmente que también el Tratado debe prevalecer.

La jurisprudencia ha sido diferente en los diversos Estados, así en Estados Unidos y Gran Bretaña, los jueces se han inclinado por la supremacía de la ley. La generalidad de legislaciones determina que el Tratado está sobre la ley, entendiéndose a ésta como la ley común o secundaria y no como la Constitución ya que si se trata de conflicto entre el Tratado y la Constitución, la generalidad de legislaciones se inclina por la superioridad de la Constitución y solo excepcionalmente y respecto de cierto tipo de Tratados, como los relativos a los derechos humanos, son tenidos como de igual jerarquía que la Constitución, así lo reconocen expresamente las actuales Constituciones de Argentina y Chile.

Es importante, aquí recordar que si se mantiene la validez de las normas internas internacionalmente irregulares o de actos internos acordes con la ley pero opuestos al Derecho Internacional, éstos son válidos en el ámbito interno pero el Estado caería en el campo de la responsabilidad internacional.

En el ámbito internacional no cabe la menor duda respecto a que ningún Estado puede oponer una ley interna a la aplicación de un Tratado, es decir, que éste prevalece sobre aquella, aunque normal o generalmente no la derogue en forma expresa

en el ámbito interno. Esto lo ha mantenido la jurisprudencia internacional (Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia) y el Derecho Positivo, así como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 27.

Cuando se trata del derecho comunitario, en los procesos de integración, la tendencia es que el Tratado y las resoluciones de los respectivos órganos internacionales se apliquen directamente en el Derecho Interno de los países involucrados en dichos procesos; sin requerir, en lo posible, de la emisión de leyes que las viabilicen.⁵³

3.1.4.- Explicación de la Teoría Dualista.-

Dualismo, en filosofía occidental, es la teoría según la cual el universo sólo se explica como un todo formado por dos elementos distintos y entre sí irreductibles. En la filosofía platónica el dualismo último se establece entre el “ser” y el “no ser” o lo que es lo mismo, entre idea y materia. En el siglo XVII, el dualismo adoptó la forma de creencia en dos sustancias fundamentales, inteligencia y materia. El filósofo francés René Descartes, cuya interpretación del universo ejemplifica esta creencia, fue el primero en subrayar la diferencia irreconciliable entre sustancia pensante (inteligencia) y sustancia extensa (materia). La dificultad creada por este juicio era explicar la forma en que interactúan la inteligencia y la materia, como en apariencia lo hacen en el ámbito de la experiencia humana. Esta confusión provocó que algunos cartesianos negaran por completo cualquier interacción entre ambas. Afirmaban que la inteligencia y la materia son ineficaces por sí mismas para afectar una a la otra, y que cualquier acción recíproca entre las dos está provocada por Dios, quien, con ocasión de un cambio en una, produce el correspondiente cambio en la otra. Otros seguidores de Descartes abandonaron el dualismo por el monismo.

En el siglo XX, la reacción contra los aspectos monistas de la filosofía del idealismo ha resucitado en algún grado el dualismo. Una de las defensas más interesantes del dualismo es la del psicólogo anglo-estadounidense William McDougall,

⁵³ ENDARA, op cit., págs: 61-65.

que dividió el universo en espíritu y materia y mantuvo que la evidencia del bien, tanto psicológica como biológica, señala el sustrato espiritual de los procesos fisiológicos.

El filósofo francés Henri Bergson en su obra principal “Materia y Memoria”, adopta asimismo una posición dualista, definiendo la materia como lo que percibimos con nuestros sentidos y que tiene en sí misma las cualidades percibidas en ella, como color y resistencia. La inteligencia, por otro lado, se revela como memoria, la facultad de acumular el pasado y utilizarlo para modificar nuestras acciones presentes, lo que de otra forma sería tan solo mecánico. En sus últimos escritos, sin embargo, Bergson abandonó el dualismo y consideró la materia como una manifestación desprendida del mismo impulso vital que compone la vida y la inteligencia.

El dualismo también posee un aspecto ético que descansa en el reconocimiento de los principios independientes y opuestos del bien y el mal.⁵⁴

Sus máximos exponentes fueron Heinrich Triepel en Alemania y Anzilotti en Italia. Según esta teoría el Derecho Internacional y el Interno son dos sistemas completamente independientes, autónomos, separados e iguales, cada uno tiene su propio valor y ámbito de aplicación. El Derecho Internacional proviene de la voluntad de varios Estados, esto es del acuerdo entre ellos, en tanto que el Derecho Interno surge de la voluntad unilateral de cada Estado. El primero es un Derecho de coordinación y el segundo de subordinación; para aquel los sujetos son los Estados y para éste son los individuos.

Se demuestra la independencia del uno con respecto del otro sistema, al admitir la validez de las normas internas aunque se opongan o sean contrarias a la normatividad internacional y que inclusive las autoridades de un Estado realicen actos acordes con el Derecho Interno, pero no con el Derecho Internacional, actos que serán válidos dentro del respectivo Estado, aunque acarrearán responsabilidad internacional.

⁵⁴ Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

En consecuencia, cada sistema rige dentro de su propio ámbito, no se entrecruzan ni producen conflictos, porque el uno tiene vigencia en las relaciones entre los Estados y entre éstos y los organismos internacionales y el otro sobre los individuos dentro del propio Estado. Como efecto de esa independencia y separación, no es posible que una norma del un sistema sea válida u obligatoria en el otro sistema, si no se produce su transformación, así para que una norma internacional pueda ser aplicada internamente en un Estado éste debe transformarla en norma interna con su propio procedimiento establecido en su Constitución y que generalmente es la promulgación, previa la aprobación legislativa, todo lo cual le convierte en ley interna. Es decir, se produce la recepción o el envío con recepción como manifiesta Rousseau.

Esta teoría ha sido objeto de varias y sustentadas críticas, entre las que citamos:

a. Las supuestas distintas fuentes de las que proviene uno y otro sistema, como son la voluntad colectiva de los Estados, en el un caso, y la voluntad unilateral de cada Estado en el otro, no es preciso, tanto porque para quienes consideran un fundamento objetivista, tales fuentes no radican en la voluntad ni colectiva, ni individual de los Estados, sino que ambos sistemas son un efecto de la necesidad social, en consecuencia no tendrían distintas fuentes; y, aun manteniendo el criterio voluntarista no parecería éste ser extensible para el caso de las normas internacionales consuetudinarias, sino únicamente para las normas convencionales.

b. En cuanto a la distinción de los sujetos, no es cierto que solamente los Estados sean sujetos del Derecho Internacional, ya que en la actualidad es innegable que el individuo es reconocido como sujeto del Derecho Internacional Público, en cuanto a sus derechos fundamentales; y, tampoco es exacto que en el Derecho Interno los únicos sujetos sean los individuos, por cuanto también el Estado debe regirse por la ley interna y es un sujeto dentro de este sistema, por sus actuaciones y por sus relaciones con el individuo y más propiamente viceversa. Entonces, tanto el Estado como los individuos son sujetos en ambos sistemas.

c. El hecho de que el Derecho Internacional sea un derecho de coordinación (carece de un órgano superior o supraestatal que dicte las normas, y de funciones ejecutiva y

judicial permanentes) y que el Derecho Interno sea de subordinación, con sus órganos legislativo, ejecutivo y judicial permanentes, no significa que los dos sistemas sean de distinta naturaleza o estructura, sino simplemente que se encuentran en distintos momentos de evolución o grado de desarrollo.

d. Desde el punto de vista estrictamente jurídico-doctrinario, no es posible la existencia y la validez simultánea de dos normas jurídicas contrarias, opuestas o antinómicas, que traten o regulen un mismo asunto.

e. La interpretación de los Tratados se la realiza como acuerdos internacionales y no como una ley interna. Los tribunales internos aplican las normas internacionales consuetudinarias como tales y no necesariamente transformadas en ley (interna).⁵⁵

f. La práctica internacional ha establecido una verdadera identidad, en cuanto a su naturaleza jurídica, entre el Tratado y la ley.

3.1.5.- Los Tratados como fuente del Derecho Internacional.-

Ya lo hemos dicho en capítulos anteriores que las fuentes son entendidas por los autores desde varios puntos de vista, ya sea como el principio o hecho de donde proviene el Derecho, su origen, la forma de creación o elaboración de las normas jurídicas, etc., el tema ya está tratado, pero no debemos olvidarnos que los Tratados o Convenciones Internacionales, constituyen una fuente fundamental del Derecho.

No hay duda que, en la actualidad, los Tratados son la fuente más importante del Derecho Internacional y este criterio constituye una tendencia generalizada ya que al Derecho Consuetudinario se lo está codificando y por tanto transformándolo en Derecho Convencional. Además, si el Tratado es un acuerdo formal y escrito que genera muchas normas internacionales, cada vez su presencia e influencia en las relaciones internacionales es más determinante y amplia, tanto es así que hoy se habla de una nueva rama que es el Derecho de los Tratados y se la estudia y analiza como una

⁵⁵ ENDARA, op cit., págs. 57-58.

especialización, por lo cual se justifica la decisión de analizarlo capítulo aparte y en forma independiente de las fuentes del Derecho.⁵⁶

3.2.- Breve explicación del fundamento de la Convención de Viena sobre los Tratados Internacionales.-

Durante largo tiempo las reglas sobre la entrada en vigencia y los efectos legales de los Tratados Internacionales se encontraban únicamente en el Derecho Consuetudinario Internacional.

El principio de que los Tratados de Derecho Internacional se deban cumplir (*Pacta sunt servanda*) encuentra también sus raíces en el Derecho Consuetudinario Internacional.

La Convención de Viena, de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, codifica las reglas vigentes del Derecho Consuetudinario Internacional sobre el Derecho de los Tratados. En los ámbitos particulares, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, precisa los principios del Derecho Consuetudinario Internacional y determina las reglas discutidas hasta ahora. Además, debido a que la Convención de Viena sobre los tratados ha sido ratificada por numerosos Estados, incluido el Ecuador, y de su determinante influencia en la práctica estatal de las últimas décadas, ésta ha promovido la consolidación del Derecho Consuetudinario Internacional.

De ahí que las reglas del Derecho Consuetudinario de los Tratados Internacionales y la Convención de Viena tengan la misma cobertura. El ámbito de validez de la Convención de Viena sobre los Tratados, abarca de manera expresa solo a determinados Tratados entre los Estados, principalmente por escrito.

Hemos dicho ya en reiteradas ocasiones que "Tratados" en el sentido de la Convención de Viena sobre los Tratados, significa: *"un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en*

⁵⁶ ENDARA, op cit., pág. 83.

un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”⁵⁷

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en su primer período de sesiones del año de 1949, incluyó el "derecho de los tratados" como una de las materias susceptibles de ser codificadas y designó relator especial del tema al internacionalista inglés J. L. Brierly, autor de la obra “La Ley de las Naciones”. En su carácter de relator produjo cuatro informes: tres sobre los Tratados en general y uno sobre las Reservas en los Tratados Multilaterales. Por renuncia de J. L. Brierly, en el año de 1952, la Comisión de Derecho Internacional, designó al jurista inglés H. Lauterpacht como relator especial, quien después de producir dos informes renunció para ocupar el cargo de juez de la Corte Internacional de Justicia. Le sucedió en la relatoría Gerald Fitzmaurice, también inglés, quien de 1956 a 1960 produjo cinco informes. Renunció en 1960 para ocupar también el cargo de juez de la Corte Internacional de Justicia. Lo sustituyó el jurista inglés Humphrey Waldock, en 1961, quien elaboró seis informes sucesivos y parciales, que sirvieron de base para que la Comisión de Derecho Internacional fuera aprobando proyectos parciales de artículos, hasta que en 1966 aprobó el proyecto definitivo, de 85 artículos.

Con el proyecto ya aprobado dentro del seno de la Comisión de Derecho Internacional, ésta decidió, en el año de 1966, recomendar a la Asamblea General de la ONU, la convocatoria de una Conferencia Internacional que redactara una convención sobre el tema, con base en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional.

En Resolución 2166 (XXI), del 5 de diciembre de 1966, de la Asamblea de las Naciones Unidas, se decidió convocar a la Conferencia a la que asistirían los Estados miembros de las Naciones Unidas, los miembros de los organismos especializados, los Estados partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y los que la Asamblea decidiese invitar especialmente. Se adoptó como sede de la Conferencia la ciudad de Viena, previo ofrecimiento del gobierno de Austria.

⁵⁷ HERDEGEN, Matthias, “*Derecho Internacional Público*”, págs: 117-118.

La Conferencia se llevó a cabo en dos períodos de sesiones, el primero, del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968; y, el segundo del 9 de abril al 22 de mayo de 1969. Participaron en la Conferencia 110 países. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue adoptada el 22 de mayo de 1969 y abierta a la firma el día siguiente. La firmaron 32 Estados. Conforme a lo dispuesto en el artículo 84 de la citada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención entraría en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión. Tal requisito se cumplió el 20 de enero de 1980, por lo que ha entrado en vigor la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El día veintiuno del mes de marzo de 1986, el Plenipotenciario mexicano, debidamente autorizado para ese efecto, firmó, el ad referendum, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, adoptada en la ciudad de Viena, Austria, en la misma fecha. La citada Convención, fue aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el día once de diciembre de 1987, según Decreto publicado en el Diario Oficial del día 11 de enero de 1988.

El instrumento de ratificación, firmado por el Presidente de la República, el día 14 de enero de 1988, fue depositado ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, el día 10 de marzo de 1988. El Decreto de Promulgación de la Convención mencionada, con el texto literal de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, se publicó en Diario Oficial de 28 de abril de 1988.⁵⁸

La parte II de la Convención, está dedicada a la celebración y entrada en vigor de los Tratados. Por principio, se reconoce a todo Estado la capacidad para celebrar Tratados, adoptándose normas para la representación de los mismos, particularmente en la adopción y autenticación del texto, así como para la manifestación del consentimiento

⁵⁸ ARELLANO, op cit., págs.: 736-737.

en obligarse. El consentimiento de los Estados en obligarse por un Tratado, se puede manifestar mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un Tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiera convenido.

Como lo hemos dicho en temas anteriores de la presente tesis, este consentimiento, se puede manifestar incondicionalmente o haciendo uso de la posibilidad de formular reservas en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o de adherirse al mismo, siempre que tales reservas no estén prohibidas por el Tratado mismo o que se trate de las reservas que se han admitido como únicamente posibles en el mismo tratado o de que se trate de reservas que no sean incompatibles con el objeto y fin del Tratado, ya que, en los demás casos, no se podrán formular las mismas, debiendo el Estado en cuestión decidirse por entrar a ser parte del Tratado sin formular reservas de tal tipo o por no entrar a ser parte del mismo.

Por principio, los Tratados entran en vigor cuando se haya decidido o cuando se haya manifestado el consentimiento, aunque se admite la posibilidad de una aplicación provisional de los mismos.

Las reglas sobre la observación, aplicación e interpretación de los Tratados están recogidas en la parte III. La regla general, es que todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, sin que se pueden invocar las disposiciones del Derecho Interno de las partes como justificación del incumplimiento de un Tratado, salvo en ciertos casos de incumplimiento de las disposiciones fundamentales de carácter interno relativas a la propia competencia para celebrar los Tratados. Por principio, los Tratados son irretroactivos y obligatorios para la totalidad del territorio de los Estados partes, salvo que se disponga lo contrario, siendo que una serie de reglas determinan la aplicación de los Tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

En cuanto a la interpretación de los Tratados, la regla general es que deberán interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del mismo en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y su fin,

instrumentándose normas para utilizar otros medios, entre ellos los de interpretación de carácter complementario y los de Tratados autenticados en dos o más idiomas. Respecto a los efectos de los Tratados, la norma general es que los mismos sólo obligan a los Estados partes, de donde resulta que un Tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento, aunque se prevén normas en relación con la solución de estas cuestiones.

La parte IV de la Convención, trata de la enmienda y modificación de los Tratados, siendo la regla general que todos los Tratados pueden ser enmendados por acuerdo entre las partes, dictándose reglas especiales para la enmienda de los tratados multilaterales y para la modificación de los mismos entre algunas de las partes únicamente.

La parte V, contiene una extensa normativa sobre la nulidad, terminación y suspensión de los Tratados. En primer lugar, y como reglas generales, se dispone que la validez de los Tratados sólo podrá ser impugnada, y la terminación, denuncia y retiro, sólo podrá tener lugar, de acuerdo con las disposiciones de la propia convención. La nulidad de los Tratados sólo podrá producirse por infracciones fundamentales del Derecho Interno en la competencia para celebrarlos, por inobservancia de las restricciones impuestas al representante del Estado, por error, por dolo, por corrupción del representante o coacción sobre el mismo, por coacción sobre el propio Estado y por ser el Tratado contrario a normas imperativas de Derecho Internacional general o de “jus cogens”.

También hay normas específicas para la terminación de los Tratados y para la suspensión de su aplicación, destacando la posibilidad de darlo por terminado o de retirarse de él, cuando haya un cambio fundamental en las circunstancias existentes en el momento de celebrado, que no fue previsto por las partes y que constituyera la base esencial de la prestación de su consentimiento; la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares no afectará a las relaciones jurídicas establecidas en el Tratado, salvo en la medida en que estas relaciones sean indispensables para aplicar el Tratado. Una serie de normas posteriores, determinan el procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un Tratado, el retiro de una parte o la suspensión de su

aplicación.

Otras disposiciones diversas o relativas a los depósitos, notificaciones, correcciones y registro, se recogen en las dos últimas partes VI y VII de la Convención.

Esta Convención, por el número de los Estados partes en la misma y por su aplicación generalizada, no sólo por Estados no partes, sino también por su utilización para Tratados en que intervienen organizaciones internacionales, tiene una validez y aceptación universal. Por otra parte, la mayoría de las reglas recogidas en la misma, no son, en buena medida, una codificación de reglas consuetudinarias anteriores, y en tal sentido, aplicables por Derecho Internacional general.

Naturalmente, algunas cuestiones quedan al margen de la Convención como las referentes al procedimiento de negociación de los Tratados, que es muy diverso, y otras están sobre el tapete, como la de los efectos que produce la guerra sobre la aplicación de los Tratados, problema éste que recibe diferentes soluciones.⁵⁹

3.3.- La capacidad de las partes para la celebración de los Tratados.-

La capacidad jurídica es la idoneidad para ser sujeto de derechos y deberes jurídicos. Antiguamente, no todos los hombres tenían esta capacidad; eran totalmente incapaces, según el Derecho Romano, los esclavos, objetos más que sujetos de derecho, al igual que las cosas. Aún en la Edad Media, el hecho de pertenecer a determinados grupos étnicos, religiosos o profesionales llevaba consigo ciertas limitaciones en su capacidad jurídica.⁶⁰

En general se puede manifestar que la capacidad es la aptitud legal que tiene una persona para adquirir derechos y ejercerlos por sí mismo. En nuestra legislación la capacidad puede enfocarse desde un doble punto de vista:

a) La capacidad adquisitiva; y,

⁵⁹ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, págs.: 975-976.

⁶⁰ JARAMILLO, Alfredo, “*Vocabulario Jurídico Básico*”, pág. 68.

b) La capacidad de ejercicio.

La capacidad adquisitiva.- Se entiende por capacidad adquisitiva, a la aptitud para adquirir y ser titular de un derecho.

Todas las personas naturales tenemos capacidad adquisitiva, independientes de su edad, sexo, condición y nacionalidad. Por tanto, como vemos, es una facultad inherente a la calidad de persona. La capacidad adquisitiva que tienen todas las personas naturales, no va seguida siempre de la capacidad de ejercicio, pues existen muchas personas naturales que por razón de su edad, de su estado mental afectado u otras circunstancias no pueden por sí mismas ejercer sus derechos y la ley los considera como incapaces de ejercicio, siendo necesario contar con un representante legal para poder ejercer su capacidad adquisitiva.

Además, es necesario anotar que también tienen capacidad adquisitiva las personas jurídicas como las corporaciones, gremios y demás establecimientos que gozan de personalidad jurídica, con arreglo a la ley.

La capacidad de ejercicio.- El artículo 1461 inciso segundo del Código Civil dice: *“La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra.”* Nuestro Código Civil en el artículo mencionado, define lo que se entiende por capacidad de ejercicio.

La capacidad de ejercicio es la facultad que tiene una persona para poderse obligar por sí misma y sin la intervención o autorización de ninguna otra. En otros términos, es la facultad de celebrar por sí misma toda clase de actos jurídicos que producen como consecuencia efectos legales.

El artículo 1462 del Código Civil dispone: *“Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”*, lo que se traduce en el sentido de que no existen más incapacidades que aquellas que la propia ley expresamente establece. Así encontramos dos clases de incapacidades de ejercicio: general y particular.

La **incapacidad general** es la que impide celebrar válidamente cualquier acto o contrato, pudiendo ser absoluta o relativa.

La ley considera como **incapaces absolutos** a las siguientes personas: los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos son nulos, de nulidad absoluta y sin ningún valor; en estos casos el Juez puede y debe declarar la nulidad aún de oficio. No obstante lo indicado, esta clase de incapaces pueden actuar por medio de sus representantes legales, en otros términos por hallarse legalmente representados.

Se consideran **incapaces relativos** a los menores adultos, a los que se hallen en interdicción de administrar sus bienes y a las personas jurídicas. Sus actos pueden tener valor en determinadas circunstancias señaladas en la propia ley. Igualmente, los incapaces relativos, necesitan un representante legal para que supla su falta de capacidad. Este representante legal puede actuar de dos maneras: representando al incapaz o autorizando el acto que el incapaz celebre.

Con referencia a la **incapacidad particular**, nuestro Código Civil en el inciso último del artículo 1463, considera que además de estas incapacidades (se refiere a las generales), existen otras particulares; es decir, establece ciertas prohibiciones a determinadas personas, pues en realidad no se trata precisamente de incapacidades, sino más bien de ciertas prohibiciones a determinadas personas para realizar determinados actos, lo cual y esto no quita que estas personas sean capaces de realizar otros actos que no tengan que ver con las prohibiciones que establece la ley.⁶¹

Continuando con el estudio de los elementos esenciales comunes, en segundo lugar tenemos el consentimiento libre de vicio, que lo veremos más adelante. El art. 1463 del Código Civil dispone:

“Art. 1463.- Incapaces. Efectos de sus actos].- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

⁶¹ LEON, Fernando, “Elementos del Incumplimiento de las Obligaciones”, págs.: 25-27.

Sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.

De esto se deduce que hay dos clases de incapacidades: absolutas y relativas. Los **incapaces absolutos**, son aquellas personas que están prohibidos de realizar actos jurídicos, si de hecho lo realizaren, produciría su nulidad. Pero los **incapaces relativos**, son aquellas personas que pueden realizar determinado tipo de actos y en determinadas circunstancias, como por ejemplo un menor de 16 años de edad, puede contraer matrimonio, pero con permiso de los padres.

La capacidad de suscribir Tratados es ejercida, por regla general, por los jefes de Estado, actuando personalmente o por medio de representantes nombrados por ellos, o por sus gobiernos. Esto significa que los tratados se declaran concertados entre los jefes de Estado o entre los Gobiernos; este último procedimiento es practicado cada vez con más frecuencia. A veces, los Tratados son estipulados entre los propios Estados considerados como tales.⁶²

El artículo 6° de la citada Convención de Viena dice que: *"Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados"*. Es necesario distinguir la capacidad internacional de los Estados u otros sujetos de Derecho Internacional para celebrar Tratados, de la capacidad o competencia de Derecho Interno que corresponde a los órganos de los Estados u otros sujetos para obligar a esos Estados o personas internacionales. En las organizaciones internacionales, el instrumento que crea la organización determina la capacidad y modalidades de dichas entidades.

⁶² OPPENHEIM, op cit, págs: 494-495.

Los artículos 7° y 8° de la Convención de Viena establecen estas reglas:

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

2°) Las reglas específicas establecen que, en virtud de sus funciones, se consideran facultados: a) al jefe de Estado, al del gobierno y al ministro de asuntos exteriores para todos los actos relativos a la celebración del Tratado; b) a los jefes de misión diplomática para la adopción del texto de los tratados con el Estado ante el que se encuentren acreditados; y, c) a los representantes ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos para la adopción del texto de un Tratado en tal conferencia, organización u órgano.

3°) Lo ejecutado por una persona no autorizada puede surtir efectos si posteriormente es confirmado por el Estado en cuya representación se había autorizado actuar.

3.4.- Pasos para la celebración de un tratado.-

Las etapas de elaboración de un Tratado son: la negociación, la firma, la ratificación y el intercambio o depósito de ratificaciones. Todas ellas competen a la función ejecutiva de los Estados que, por lo general, es la encargada de conducir su política exterior.

Durante el proceso de negociación, que a veces puede ser largo, las partes elaboran el texto del documento. Los representantes de los Estados discuten sus cláusulas, hacen consultas a sus gobiernos, superan sus diferencias y afinan la redacción. Cuando el proyecto de Tratado está listo, viene el acto de **suscripción**, que suele estar precedido de un espacio de discusión. Los delegados presentan al efecto sus plenos poderes para representar y obligar a sus gobiernos. Por eso se les llama plenipotenciarios.

En los Tratados multilaterales, generalmente su adopción suele darse por con el voto de, cuando menos, las dos terceras partes de los Estados presentes y votantes, a menos que ellos decidan aplicar una regla diferente. La suscripción es, generalmente, simultánea en los Tratados bilaterales, porque puede darse el caso de un canje de tratados bilaterales que se dé en diferentes fechas; y, puede ser sucesiva en los multilaterales, en que queda abierto el documento para la firma de los Estados que deseen adherirse. Entonces viene la tercera etapa, que es la ratificación por parte de los Estados que han suscrito el documento original. Los Parlamentos, Congresos o Asambleas de los Estados suscriptores, conocen y discuten el instrumento y, a través, de los procedimientos usuales en el Derecho Interno para los actos legislativos, autorizan o desautorizan su alineación por los jefes de Estado.

Si se niega la ratificación, el tratado no rige para el Estado remitente ni lo obliga, sin perjuicio de que entre en vigor para los demás Estados que lo hayan ratificado o se hayan adherido a él, puesto que en su propio texto suele estipularse que entrará en vigencia cuando reúna un número determinado de ratificaciones y adhesiones.

Contrariamente a lo que se supone, un Tratado no rige para las partes, después de firmado, sino a partir de su ratificación. Este es un acto que compete a la función ejecutiva, si bien su aprobación se hace por las cámaras legislativas. La ratificación es la aprobación final y definitiva de un Tratado por parte de los Estados que lo suscribieron. Es el acto por el cual ellos reiteran en el ámbito internacional su consentimiento y su voluntad de someterse a sus disposiciones.

Ella representa una segunda instancia interna que sirve para prevenir eventuales extralimitaciones del mandato por los plenipotenciarios o para preservar la soberanía de los Estados frente a la eventualidad de que en el curso de la negociación se haya modificado el texto original del proyecto. El Estado tiene siempre la opción de rehusar un tratado no obstante haberlo firmado. Recordemos, por ejemplo, que los Estados Unidos de América, suscribieron pero no ratificaron el Tratado de Versalles de 1919, suscrito al término de la primera Guerra Mundial, por el cual se creó la Sociedad de Naciones.

El mecanismo de la ratificación impide que el voto de la mayoría imponga a un Estado, contra su voluntad, la vigencia de un determinado Tratado. Esto es especialmente cierto en relación con los Tratados multilaterales a los que algunos tratadistas denominan legislativos, porque contienen una serie de normas de conducta para los entes políticos, cuyo texto se suele aprobar en las conferencias internacionales por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que los Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente, según dispone el artículo 9 de la Convención de Viena de 1969.

La ratificación sirve también, en el orden interno, como mecanismo de control parlamentario sobre la constitucionalidad de los Tratados, que es una precaución indispensable, puesto que ellos están destinados a incorporarse al ordenamiento jurídico estatal. Y a pesar de que el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho Interno concerniente a la competencia para celebrar Tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental en su Derecho Interno", según manda el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por lo es muy importante que su ordenamiento jurídico guarde la debida coherencia.

Es preciso señalar que no es lo mismo ratificación que adhesión. La ratificación es la reiteración de su compromiso de someterse a un Tratado por parte de los Estados que lo suscribieron, mientras que la adhesión es la incorporación de un Estado a un tratado del cual no fue suscriptor.⁶³

La ratificación debe ser enviada al otro Estado, en el caso de un Tratado bilateral. Este es el intercambio de ratificaciones, para que se conozca la aceptación formal de la contraparte, o a la respectiva organización internacional para su depósito, registro y publicación, si es un Tratado multilateral.

⁶³ BORJA, Rodrigo, op cit, pág. 1407.

El depósito y el registro han cobrado gran importancia en los tiempos contemporáneos, conforme ha crecido la diplomacia multilateral. Las funciones del depositario de un Tratado son trascendentales y están señaladas en el párrafo 2 del artículo 76 de la Convención de Viena de 1969.

Como es alto el número de los Estados partes de los Tratados modernos, se tornó necesario establecer la institución del depositario para guardar todos los documentos relativos a un Tratado, especialmente aquellos que contienen las manifestaciones de consentimiento de los Estados para efectos de comunicarlas a los otros contratantes. Las tareas de custodiar estos documentos y de llevarlos a conocimiento de todos los gobiernos, son generalmente asumidas por el Estado en cuyo territorio se celebró el Tratado o por la entidad internacional que lo patrocinó.

Las funciones del depositario son, entre otras, las siguientes: a) custodiar el texto original del Tratado y los plenos poderes de los suscriptores; b) extender copias certificadas del documento; c) recibir las firmas de adhesión al Tratado y los instrumentos de ratificación; d) notificar a las partes de la entrada en vigor del Tratado cuando haya recibido el número previsto de adhesiones y ratificaciones en el caso de suscripción sucesiva; e) Receptar las denuncias que presenten los Estados respecto de su participación en los tratados de los que fue Parte, la cual deberá ser comunicada a los demás Estados Miembros; f) registrar el Tratado en la Secretaría General de las Naciones Unidas; y, g) informar a las partes sobre todos los actos que se susciten en torno al Tratado.

En el Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919, acogiendo uno de los 14 puntos propuestos por el presidente Woodrow Wilson de los Estados Unidos de América, se institucionalizó el registro de los Tratados como una de sus condiciones para su validez. Se hizo, entre otras razones, para intentar anular de alguna forma la diplomacia secreta tradicional. Todos los tratados o acuerdos internacionales celebrados de ahora en adelante por cualquier miembro de la Liga, dice el Pacto, deben ser registrados inmediatamente en la Secretaría y

publicados lo más pronto posible. Ningún Tratado o compromiso internacional será obligatorio hasta que se haya registrado en esta forma.

En acatamiento de esta disposición, los Estados registraron en la Secretaría durante los 20 años de vida de la organización más de 4.500 Tratados. La Carta de las Naciones Unidas siguió con esta tradición, aunque el registro no es en ella condición para la obligatoriedad de los Tratados. La única sanción por la falta de cumplimiento de esta obligación es que miembro alguno de las Naciones Unidas puede invocar un Tratado no inscrito ante ninguno de los órganos de la organización mundial.

Al respecto, es importante destacar que el artículo 80 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece lo siguiente:

“80

- 1. Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación.*
- 2. La designación de un depositario constituirá la autorización para que éste realice los actos previstos en el párrafo precedente”.*

En lo que respecta al Ecuador, el artículo 418 de la Constitución Política ecuatoriana vigente, señala lo siguiente:

“Art. 418.-[Suscripción y ratificación de tratados e instrumentos internacionales].- *A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales.*

La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo”.

Este artículo, no permite que el Presidente de la República pueda delegar en otra persona, sea dignatario o funcionario, la suscripción o ratificación, a nombre de la República del Ecuador, de un tratado internacional, sea bilateral o multilateral.

El inciso primero del artículo 420 de la Constitución Política ecuatoriana vigente precisa algunos pasos que se pueden utilizar en torno a la ratificación de los tratados e instrumentos internacionales. Su texto es el siguiente:

“Art. 420.- [Solicitud para ratificación de tratados].- La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República”.

A su vez, el artículo 419 de la Constitución Política ecuatoriana vigente, dispone expresamente lo siguiente:

“Art. 419.- [Casos que requieren aprobación de la Asamblea Nacional].- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

- 1. Se refieran a materia territorial de límites.*
- 2. Establezcan alianzas políticas o militares.*
- 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.*
- 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.*
- 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.*
- 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.*
- 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.*
- 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético”.*

Ello trae consigo el que el Presidente de la República si tenga la competencia para suscribir toda clase de instrumentos internacionales que no tengan que ver con las materias y la naturaleza jurídica, específicamente señaladas en el artículo 419 de la Constitución vigente.

3.5.- Efectos jurídicos.-

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

La respuesta se encuentra en el principio “Pacta sunt servanda”, reconocido repetidamente por la Jurisprudencia internacional, y consagrado como regla general (que tiene sus excepciones como lo vimos anteriormente), sobre los efectos generales del Tratado entre las Partes por la inmensa mayoría de la Comunidad Internacional; a saber, por los Estados representados en la Conferencia de Viena que negoció la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

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

El art. 26 de la Convención de Viena, según el cual todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, consagró a la norma “Pacta sunt servanda” como regla general en lo relativo a los efectos generales del Tratado, es decir, su obligatoriedad entre las Partes, conectándola con el principio de la buena fe, básico no solo en cuanto a la interpretación, sino también en lo relativo a la ejecución de los mismos. El art. 27, añadió una regla específica según la cual una Parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un Tratado.

El segundo problema que se suscita es el de los efectos específicos de los Tratados **“ratione temporis”** (en el tiempo), a saber, cuales son los momentos inicial y final en que un Tratado empieza o deja de producir sus efectos. El término final de los Tratados, es decir, aquel en que deja de ser aplicable y, consiguientemente, deja también de surtir sus efectos, salvo excepciones, suele estar previsto en el propio Tratado. Lo normal es que se estipulen por un plazo determinado (cinco, diez o más años) o bien por tiempo indefinido, salvo denuncia expresa. También dejan de surtir efectos por otras causas, que estudiaremos más adelante, en un siguiente capítulo de la presente investigación.

El tercer problema que se suscita es el de los efectos específicos de los Tratados **“ratione loci”** (cuál es el espacio físico o territorial al que alcanzan los efectos del Tratado). El principio general en esta materia, que reconoce la Convención de Viena en su artículo 29, es el de la obligatoriedad en la totalidad del territorio de cada una de las Partes, entendiéndose por tal el territorio terrestre, las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo. Pero esta regla general puede sufrir excepciones que, genéricamente, autoriza el artículo 29 de la Convención, al añadir la frase:

“salvo que una intención diferente se desprenda de él (se refiere al tratado) o conste de otro modo.”

Por una parte existen casos en que un Tratado no se aplica a determinadas partes del territorio estatal, a dependencias insulares, a colonias dependientes, etc. Por el contrario, el Tratado puede tener una aplicación fuera del territorio de los Estados Partes si contiene estipulaciones respecto a terceros Estados.

Otro problema que se suscita es el de los efectos de los Tratados **“ratione materiae”**, consistente en determinar: primero, la compatibilidad e incompatibilidad entre un Tratado anterior y otro posterior sobre la misma materia y, segundo, en qué medida los efectos del primero pueden quedar limitados por el segundo. Para facilitar la comprensión de los diversos problemas, dividiremos la exposición, siguiendo el mismo orden del artículo 30 de la Convención de Viena, en cuatro apartados o supuestos:

a) El supuesto excepcional del art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en el que se dice:

“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las N.U. en virtud de la presente Carta, y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro Convenio Internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.”

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

b) Otro supuesto muy similar es el contemplado en el número 2 del artículo 30, que dice:

“Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.”

A mi juicio, la cuestión planteada es la siguiente: cuando en un Tratado X (subordinado) se haga referencia a otro Tratado Y, considerado por las Partes expresamente como principal respecto al Tratado X, prevalecerá el Tratado Y (principal o compatible) sobre las disposiciones del Tratado X, aunque este último sea posterior; los efectos del Tratado Y no estarán limitados o excluidos por el Tratado X.

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

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

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

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

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

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

Otro problema que se suscita es el de los efectos de los Tratados “ratione personae” (cuáles son los sujetos internacionales respecto de los que surten sus efectos los Tratados, es decir, si sólo tienen eficacia respecto a las partes en el mismo o si crean derechos u obligaciones para Estados terceros al Tratado).

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

“que ha consentido en obligarse por el Tratado y con respecto al cual el Tratado está en vigor” (Art. 2.g. de la Convención de Viena).

b) Un problema especial es el relativo a si los Tratados pueden producir obligaciones y derechos respecto a terceros Estados. Se entiende por tales aquellos que no son Partes en un Tratado. La regla general está formulada en el artículo 34 de la Convención de Viena, que recoge una norma consuetudinaria anterior a la misma. Se dice en él, que un Tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento. Esta norma general admite las siguientes excepciones:

1) Tratados que establecen obligaciones para terceros Estados. En principio, como hemos indicado, no es posible crear obligaciones para terceros Estados, salvo que se den determinadas condiciones. La doctrina ha discutido ampliamente la cuestión, pasando en los últimos tiempos de una mayoría adversa a otra favorable en forma condicionada debido a la influencia de la jurisprudencia internacional.

La doctrina anterior ha pasado al artículo 35 de la Convención de Viena, que exige como condiciones: 1.º) que las Partes en el Tratado tengan la intención de crear una obligación para el Tercer Estado; 2.º) que el Tercer Estado acepte de forma expresa y por escrito la obligación. Como puede verse, en la Convención se han tomado las cautelas convenientes, manifestación expresa y por escrito, para evitar cualquier incertidumbre respecto a la creación de una obligación en contra de terceros. Para revocar o modificar una tal obligación se requiere, por el contrario, el consentimiento (no se dice si expreso o tácito) de todas las Partes en el Tratado y del Tercer Estado, a no ser que conste que hubieran convenido otra cosa al respecto (artículo 37.1).

2) En los Tratados que creen derechos en favor de terceros Estados, con mayor motivo, también por excepción a la regla general, pueden crearse derechos a favor de

terceros, siempre que se cumplan determinados requisitos, como veremos más tarde. Las estipulaciones favorables a un tercero en un Tratado han sido objeto de un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

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

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

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

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

4) Referencia a la cláusula de Nación más favorecida: Causa extrañeza, en principio, que habiéndose reglamentado las estipulaciones en favor de terceros Estados con tanta amplitud en la Convención de Viena, no figure en la misma la menor referencia a la cláusula de Nación más favorecida. La razón de tal omisión la encontramos en las discusiones de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas que preparó el proyecto que luego se discutió en la Conferencia de Viena. En su sesión de 1964, la citada Comisión decidió suprimir el estudio de la cláusula por no considerarla madura para la codificación. A petición de varios Estados, decidió que el estudio se hiciera por separado, y designó para ello como Ponente especial al Prof. Ustor, de Hungría.

Dicha cláusula es una institución mediante la cual el Estado que la otorga se obliga a extender al Estado beneficiario de la misma, todas las ventajas que concedió o concederá en el futuro a un tercer Estado llamado el Estado más favorecido, en los mismos términos que a este último, y sin que sea preciso ningún nuevo acuerdo para ello.

La cláusula tiene un contenido variable y relativo, ya que, el beneficio concedido depende de los que se hayan concedido o concedan al Estado más favorecido, y depende también que se mantengan o no o de que varíen o no los beneficios otorgados. La referida cláusula, puede ser concedida unilateralmente o en base a la reciprocidad, y se emplea en una serie de materias, principalmente las comerciales, aduaneras y fiscales. También en lo relativo a trato de extranjeros, a la propiedad industrial y literaria e incluso, a cuestiones de Derecho Procesal Internacional (asistencia judicial y reconocimiento de Sentencias extranjeras).

La cláusula en referencia ha adquirido una importancia excepcional en la época presente, especialmente por su incidencia en el Acuerdo de Tarifas Aduaneras y Comercio (G.A.T.T.).

Son precisamente estas implicaciones las que están dificultando la labor de codificación a que hemos hecho alusión. Concretamente, el proyecto de treinta artículos que presentó la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1978, provocó una división de opiniones en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones

Unidas, debido, sobre todo, a las excepciones en beneficio de los Estados en vías de desarrollo, del tráfico fronterizo y de los Estados carentes de litoral.

En vista de ello, la Asamblea invitó a los Estados miembros, a los órganos competentes de las Naciones Unidas y a las Organizaciones intergubernamentales interesadas, a que presenten sus observaciones sobre el proyecto de artículos y sobre la conveniencia de negociar una Convención sobre la materia, así como incluir el tema en el programa de su 35° período de sesiones (Resolución 33/139).⁶⁴

3.6.- Las reservas, la interpretación y la denuncia de los Tratados.-

La reserva de los Tratados

La reserva es una declaración de voluntad que hace un Estado al momento de suscribir un tratado, de ratificarlo o de adherirse a él, en el sentido de que no acepta una parte determinada de su texto, de manera que ésta no tiene vigencia con respecto a él, o tiene una vigencia limitada.⁶⁵

Dice la Convención de Viena que se entiende por reserva, una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado.

Los Estados son libres de presentar sus reservas a menos que estén prohibidas por el propio Tratado, o que no sean de las autorizadas por él o que las que se pretenden proponer sean incompatibles con su objeto y su fin.

Para decirlo en otras palabras, los Tratados pueden: a) prohibir todas las reservas, b) prohibir las reservas a ciertas disposiciones, c) autorizar únicamente determinadas reservas; o, d) guardar silencio sobre el tema, lo cual se ha de entender

⁶⁴DIEZ, Manuel, op cit., págs: 163-165.

⁶⁵ BORJA, Rodrigo, op cit., pág. 1408.

como que son procedentes las reservas compatibles con el objeto y el fin del instrumento. El efecto de ellas es modificar, con respecto a su autor, las disposiciones del Tratado a que se refieren y sus relaciones con los otros Estados miembros, en términos de reciprocidad.

Se considera que la formulación de reservas que, por cierto, sólo tienen cabida en los Tratados multilaterales, es parte de las facultades soberanas de un Estado, que no puede quedar sometido contra su voluntad a los designios de los otros Estados manifestados en forma de convención o Tratado multilateral.

Una forma atenuada de reservas formuladas al momento de la ratificación es el entendimiento de que determinada cláusula, frase o palabra del Tratado, ha de interpretarse en un cierto sentido. Es una práctica frecuente que los Estados anticipen el sentido en que entenderán esos términos o expresiones.

Al respecto es preciso tomar en cuenta lo señalado en los artículos 19 y 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dice:

“19. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) Que la reserva esté prohibida por el tratado;*
- b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o,*
- c) Que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.*

“20.

- 1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado, no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados Contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.*
- 2. Cuando el número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que a 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.*

3. 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.

4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa:

a) La aceptación de una reserva por otro Estado Contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados;

b) La objeción hecha por otro Estado Contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria.

c) Un acto por el que el 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:

5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior”.

Es importante destacar que el Ecuador dejó en momento de la firma de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo siguiente:

“Al firmar el presente Convenio, el Ecuador no ha juzgado necesario formular reserva alguna con respecto al artículo 4 de este instrumento, pues considera que dentro de las normas a las que se refiere la primera parte de ese artículo, figura el principio de la solución pacífica de los conflictos enunciado en el párrafo 3 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, cuyo carácter de jus cogens le confiere un valor imperativo universal.

En igual forma, Ecuador considera que la primera parte del artículo 4 es aplicable a los tratados existentes.

Desea especificar en esta ocasión que dicho artículo se basa sobre el principio incontestable según el cual, cuando el Convenio codifica normas dependientes de la lex lata, esas normas, por el hecho de ser preexistentes, pueden invocarse y aplicarse con respecto a tratados concluidos antes de la entrada en vigor de dicho Convenio, que constituye el instrumento que las ha codificado”.

Existe una reserva respecto del contenido de los Tratados y demás Instrumentos internacionales que nace desde el Derecho Interno de los Países.

Es el caso de lo que señala el artículo 422 de la Constitución Política vigente, que estipula lo siguiente:

Art. 422.- [Limitaciones a la celebración de tratados o instrumentos internacionales].- *No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.*

Se exceptúan los tratados o instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

En el hipotético caso que el Ecuador suscribiría y ratificaría tratados o instrumentos internacionales estos estarían afectados de nulidad, en razón de lo señalado en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, que dice:

“46

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado hay sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecta 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”.

La interpretación de los Tratados

A veces ocurre y esto es parte de la interpretación de los Tratados, que determinados términos empleados por un instrumento internacional se entienden de diverso modo en los Estados contratantes; una de las normas de la interpretación manda que ellos han de interpretarse, en cada Estado, según la significación usual con que esas palabras se entienden allí.

Interpretación es la declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa o de un texto incompleto, oscuro o dudoso. La obscuridad, la duda o la laguna legal puede encontrarse en las palabras o en el espíritu de las normas positivas, en los contratos, en los hechos, en las demandas, en las sentencias, en cualquiera de los actos o de las relaciones jurídicas; de ahí la amplitud y variedad de la interpretación, para aclarar la situación real o la voluntad verdadera que, por ello mismo, se considera en voces separadas e inmediatas a ésta.

La interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición. Para tal exégesis se han propuesto cuatro métodos fundamentales, que originan las cuatro especies de interpretación

denominadas: gramatical, histórica, lógica y sistemática (...) ⁶⁶

Teniendo en cuenta que el mundo del Derecho es uno solo y que el problema de la interpretación de las normas es un tema jurídico universal o general que se presenta siempre que existen regulaciones jurídicas que deban aplicarse, resulta evidente que no puede haber una hermenéutica verdaderamente propia y distinta para las diferentes ramas del Derecho. Es lógico, sin embargo, que cada una de las principales especializaciones jurídicas elabore un cuerpo de doctrina especial y propia, más o menos detallada, acerca de cómo debe procederse en la interpretación de las normas, teniendo en cuenta los problemas específicos que cada rama del Derecho debe resolver. ⁶⁷

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que en el contexto internacional los problemas de interpretación surgen, básicamente, en relación con los Tratados los cuales son, en cierta forma, una especie privilegiada de contratos. Tres son los métodos de interpretación de los Tratados que han adquirido una mayor importancia en el Derecho Internacional clásico:

a) El método TEXTUAL, también llamado "objetivo" o "lógico-gramatical", en el cual se presupone que en el texto literal del Tratado ha de encontrarse la expresión auténtica de la voluntad de las partes. Las palabras del texto deben tomarse según su sentido natural y obvio, según su significado ordinario o común, a menos que se haya dispuesto expresamente darles un sentido técnico o especial.

El texto del Tratado suele estudiarse por los negociadores en detalle, con el mayor cuidado y, por lo tanto, debe presumirse que refleja, objetivamente, la intención común. En general se considera que la utilización de este método le imprime certeza y seguridad a las relaciones entre las partes contratantes.

b) El método SUBJETIVO busca precisar, básicamente, cuál fue la intención personal o subjetiva de las partes. Se ha señalado, sin embargo, que una de las reglas de

⁶⁶ CABANELLAS, Guillermo, “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”, Tomo IV, pág. 472.

⁶⁷ URIBE, Fernando, “*La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino*”, pág. 93

la negociación de los Tratados, es precisamente no develar siempre las intenciones de las partes. Más aún, se afirma que bien por el contrario, un texto puede esconder muy bien las intenciones opuestas, hasta contradictorias. El arte de hacer tratados es, en parte, el arte de camuflar las diferencias insalvables entre los Estados contratantes, según la tratadista Elizabeth Zoller.⁶⁸

c) El método TELEOLÓGICO o finalista hace énfasis en el propósito general del Tratado, al que se le atribuye, según el tratadista uruguayo Jiménez de Aréchaga, una existencia propia, independiente del texto y de la intención original de las partes. De esta manera se llenan vacíos, se introducen correcciones, los textos se expanden y completan, siempre que sea en función de la ejecución del fin y objeto atribuidos al Tratado por el intérprete. Este método, que se inspiró en la doctrina de Ihering sobre "el fin en el Derecho" y que tiene semejanzas con el método denominado de "los intereses", es sin duda el que presenta un mayor interés desde el punto de vista del Derecho comunitario.

La interpretación es necesaria si los términos y las cláusulas empleados en un negocio jurídico o en una norma, en este caso en los Tratados, no son claros, y tiene por objeto determinar el verdadero sentido y el alcance de tales términos. La interpretación de los Tratados, se lleva a cabo continuamente por la doctrina científica y en la aplicación del Derecho Internacional.

Su importancia es crucial en caso de diferencias internacionales cuya solución dependa de la aplicación de un Acuerdo, lo que exigirá interpretar sus cláusulas.

Aunque la interpretación de los Tratados preocupó desde hace mucho a la doctrina internacionalista, el mayor impulso a la fijación de las reglas de la interpretación lo dio la jurisprudencia de tribunales internacionales: tribunales arbitrales y, sobre todo, Tribunal Permanente de Justicia Internacional y Tribunal Internacional de Justicia, que facilitaron la codificación realizada en Viena, en la que nos centraremos.

⁶⁸ TOMADO DE: URIBE, Fernando, *“La interpretación prejudicial en el Derecho Andino”*, págs.: 96-97.

Según distintos factores podemos distinguir varias formas de interpretación:

a) Por el órgano o personas que la realizan: interpretación auténtica, llevada a cabo por las Partes en el Tratado mismo o en un acto posterior -acuerdo interpretativo, práctica posterior, etc.-; doctrinal, llevada a cabo por los juristas, en nuestro caso, iusinternacionalistas, por medio de dictámenes, resoluciones y acuerdos de Institutos científicos, publicaciones, etc.; judicial, realizada por los órganos judiciales internacionales y por los Tribunales internos para aplicar el Derecho Internacional; y, diplomática realizada por los Ministerios de Asuntos Exteriores de los Estados interesados y manifiesta en Notas Diplomáticas, circulares dirigidas a las misiones diplomáticas, e incluso en decisiones de órganos internos no judiciales, llamados a aplicar el Derecho Internacional.

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

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

Siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, trató de reflejar la práctica de los Estados, consagrándola en normas jurídicas. Por una parte, delimitó la materia a la que podrá alcanzar la actividad interpretativa del Tratado (artículos 31.2 y 3, y 32):

a) Material normativo concomitante al Tratado: su contexto. Según el artículo 31.2 de la Convención, el contexto está constituido por dos clases de materiales normativos.

Primero, por el texto del Tratado, esencial para el intérprete, integrado a su vez por tres elementos que forman un todo a los efectos de su interpretación: su parte dispositiva,

conjunto de disposiciones o artículos que forman el cuerpo del Tratado, su Preámbulo, en el que se exponen generalmente las razones por las que se ha llegado a convenirlo y sus precedentes histórico-jurídicos y sus Anexos, en los que generalmente se contienen disposiciones complementarias al texto, que de forma muy particularizada reglamentan determinadas cuestiones; los Anexos son, al texto del Tratado, lo que los Reglamentos son a las leyes internas.

Segundo, por dos elementos adoptados con motivo de la celebración del Tratado: los Acuerdos que se refieran al Tratado y que hayan sido concertados entre todas las Partes (el Protocolo de firma y los Acuerdos suplementarios) y todo instrumento formulado por una o más Partes y aceptado por los demás como instrumento referente al Tratado, las declaraciones, cada día más frecuentes, que uno o más Estados contratantes hacen oficialmente en el momento de la conclusión del Tratado; y que los Estados contratantes declaran, a su vez, aceptar como instrumentos diplomáticos conexos con el Tratado.

b) Material normativo subsiguiente al Tratado, en que consta su interpretación auténtica hecha por las Partes. El artículo 31.3.a) y b) de la Convención incluye entre el material normativo que habrá de tenerse en cuenta en la actividad interpretativa a dos elementos creados por las Partes ya concluido el Tratado: los acuerdos posteriores entre las Partes acerca de la interpretación del Tratado o de la aplicación de sus disposiciones y toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del Tratado por la que conste el Acuerdo de las Partes acerca de la interpretación del Tratado.

c) Material del entorno normativo del Tratado, el artículo 31.3.c) incluye entre el material normativo objeto de interpretación a las normas pertinentes de Derecho Internacional aplicables a las relaciones entre las Partes debido a que el Tratado no es un elemento aislado, sino una pieza integrante del sistema normativo del Derecho Internacional.

d) Materiales interpretativos previos al Tratado, el artículo 32 de la Convención establece que el intérprete, a fin de confirmar el sentido de la interpretación resultante de la aplicación del artículo 31 (obtenida de la interpretación de los materiales normativos citados en los tres epígrafes precedentes) o de determinar el sentido cuando la interpretación

dada según el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, podrá recurrir a medios de interpretación complementarios y, en particular, (lo que da a la enumeración que sigue un carácter de “*numerus apertus*”, meramente ejemplificador y no excluyente de otros medios eventuales que no cita) a dos clases de materiales que, contrariamente a los anteriores, ya no podemos considerar normativos por sí mismos, sino indirectamente, a través, de la interpretación:

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

Segundo, las circunstancias de celebración del Tratado. Al incluirlas, la Conferencia consagró la posibilidad de efectuar la interpretación histórica, a la cual ya nos referimos.

Por otra parte, la Convención recogió algunas reglas, principios o criterios generales (artículo 31.1 y 4) o específicos para los Tratados redactados en varias lenguas (artículo 33) sobre la forma en que debería llevarse a cabo la interpretación.

a) Reglas o principios generales de interpretación. Según el artículo 31.1:

“Un Tratado deberá ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin”.

Primero, el principio de la buena fe, básico en el Derecho Internacional, y en particular en el Derecho de Tratados, está recogido en el artículo 2, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de Principios Inherentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, adoptada por las Naciones Unidas.

La buena fe representa algo más que una máxima de buen sentido, pues hay un nivel de evidencia que los Estados no pueden sobrepasar sin faltar al principio de la buena fe, aparte de que éste apunta al fundamento mismo de las obligaciones en Derecho Internacional: lo primero es evidente en las obligaciones de comportamiento; lo segundo en uno de los principios básicos del Derecho Internacional: “Pacta sunt servanda”.

En suma, el principio de la buena fe sólo puede ser excluido del Derecho Internacional al costoso precio de destruir a este último como Ordenamiento jurídico.

Segundo, el principio de la primacía del texto, según el cual el contenido de éste constituye la expresión más acabada de la voluntad de las Partes. Para averiguarlo, se aplicará el sentido corriente que haya que atribuirse a los términos. La regla del sentido claro, significa que no está permitido interpretar aquello que no precisa interpretación, de modo que las palabras deben ser entendidas según el sentido que tengan normalmente en su contexto, a menos que la interpretación así dada conduzca a resultados irrazonables o absurdos.

Cuando el Tribunal puede dar efecto a la disposición de un Tratado atribuyendo a las palabras empleadas un sentido natural y ordinario, no puede interpretar estas palabras intentando darles otra significación.

Ahora bien, es importante notar que según el artículo 31.4 de la Convención, si consta que la intención de las Partes fue conferir a los términos empleados un sentido especial o no usual, se dará preeminencia a tal voluntad.

Tercero, el principio que requiere tener en cuenta el objeto y el fin del Tratado para su interpretación. Es más novedoso que los anteriores, ya que, fue recogido por primera vez por el Tribunal Internacional de Justicia en su Dictamen de 28 de mayo de 1951 sobre las Reservas a la Convención del Genocidio.

Los autores de la Convención, acogieron la interpretación teleológica al incluir éste elemento de interpretación, que no es una derogación al principio de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, su consolidación objetiva: el objeto y el fin de un Tratado

son los elementos esenciales que han sido tenidos en cuenta por la voluntad de las Partes en el sentido de que éstas rehusarían admitir todas las libertades que pondrían en peligro este objeto y este fin que ellas libremente han escogido como su bien común.

b) Reglas o principios específicos para la interpretación de los Tratados autenticados en varias lenguas. Si los Tratados están autenticados en varias lenguas, el texto hará igualmente fe en cada idioma a menos que el Tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia, prevalecerá uno de los textos (hipótesis excepcional en la práctica).

c) La versión del Tratado en idioma distinto a aquel en el que haya sido autenticado solo será considerada como auténtica si el Tratado así lo dispone o las partes así lo convinieren.

Otras reglas del artículo 33 de la Convención son: 1.^a) la presunción de que los términos tienen igual sentido en todos los textos que hacen fe; 2.^a) si existen diferencias, habrá que recurrir en primer término a las normas de los artículos 31 y 32; y, si éstas no condujeran a un resultado satisfactorio, se adoptará el sentido que mejor concilie los textos, habida cuenta del objeto y el fin del Tratado.

d) Máximas o principios interpretativos no recogidos en la Convención. La interpretación de las normas jurídicas en los Derechos internos, especialmente en el ámbito del Derecho de la contratación privada, ha tenido un amplio desarrollo, cristalizando en reglas y aforismos jurídicos conocidos.

Por el contrario, el Derecho Internacional, Ordenamiento mucho más moderno y con unos mecanismos legislativos y judiciales más precarios que los Ordenamientos estatales, no ha desarrollado reglas interpretativas con la madurez necesaria para que puedan ser codificadas, motivo por el que la Convención, sin cerrar la puerta al desarrollo citado, no ha recogido regla adicional alguna. Entre las no recogidas figuran las dos siguientes.

Según la máxima del “efecto útil” —“ut res magis valeat quam pereat”, la interpretación de una cláusula de un Tratado, debe hacerse posible que la misma cumpla la

función práctica o realice la misión política para la que fue concebida, alcanzando su objeto y su fin. Pero según el Tribunal Internacional de Justicia, la aplicación de esta máxima no puede hacerse sin tener en cuenta la letra y el espíritu de la cláusula interpretada, ya que el Tribunal está llamado a interpretar los Tratados, no a revisarlos (Dictamen sobre la interpretación de los Tratados de paz de 18 de julio de 1950).

La interpretación restrictiva, empleada por la Jurisprudencia internacional en los casos de limitaciones de soberanía, en los que en caso de duda, una limitación de soberanía debe ser interpretada restrictivamente, se encuentra sometido a revisión y, probablemente, debido a ello no fue incluida expresamente en la Convención de Viena. Y, a pesar de la meritoria labor de la Comisión de Derecho Internacional y de la Conferencia de Viena, la interpretación de los Tratados es también una cuestión abierta y sometida a revisión.

La denuncia de los Tratados

La denuncia es la declaración formal que hace un Estado con su voluntad de retirarse de un Tratado y de eximirse de sus obligaciones, es una de las causas previstas en el Derecho Internacional para la terminación de aquellos Tratados que prevean la posibilidad de la denuncia multilateral o, más precisamente, para la cesación de las obligaciones que en función de él tiene la parte contratante que ha decidido abandonarlo.

Un Estado que ratifica un determinado tratado o instrumento internacional siempre tiene el derecho de retirarse del mismo, sin dar explicaciones del porqué del fundamento de su decisión.

Ello se fundamenta, también en lo que establece el artículo 54 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dice lo siguiente:

“54. La terminación de un tratado o el retiro de una Parte podrán tener lugar:

a) Conforme a las disposiciones del tratado; o

b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las Partes después de consultar a los demás Estados Contratantes”.

Desde luego que esta denuncia o retiro del tratado o instrumento internacional se da conforme los términos de lo pactado en la letra del mismo.

Al respecto, es menester tomar en cuenta lo señalado por el artículo 56 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que resuelve el caso de que la denuncia no conste de manera expresa contemplada en el texto del tratado o del instrumento internacional, artículo que dice lo siguiente:

“56.

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos:

- a) Que conste que fue intención de las Partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro; o*
- b) Que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado”.*

El inciso segundo del artículo 420 de la Constitución Política ecuatoriana vigente establece lo siguiente:

“La denuncia de un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó”.

De la misma manera, el artículo 419 de la misma Constitución señala que la denuncia de los tratados requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional, en los mismos casos que se detallan expresamente y que se refieren a los diferentes tipos de tratados o instrumentos internacionales que, por su contenido y naturaleza jurídica deben obligatoriamente ser aprobados por dicha Asamblea.

De esta manera, rige al axioma jurídico de que las cosas en derecho se deshacen de la misma forma que se hacen.

Un ejemplo práctico sobre el tema que estamos tratando es: “*EL TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES*”.

En primer lugar es importante decir que el nombre de Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones que se le da a este documento no es el correcto, por cuanto, lo que se busca con él, es proteger las inversiones que vienen desde los Estados Unidos de América hacia el Ecuador, porque, de lo que se conoce, no existen inversiones significativas que se realicen desde el Ecuador hacia los Estados Unidos de América.

Este Tratado fue suscrito el 27 de agosto de 1.993; se canjearon los Instrumentos de Ratificación el 11 de abril de 1.997 y fue publicado en el Registro Oficial No. 49 del 22 de abril de 1.997.

Principales violaciones del Tratado al ordenamiento legal del país

El significado que premeditadamente se da a lo que es “Inversión” dentro del Tratado, atenta contra la Doctrina del Derecho y el ordenamiento legal del Ecuador

El Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, establece en su Artículo I, que: “**Inversión**” significa todo tipo de inversión tales como: Capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, y que comprende:

- a) **Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos** tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;
- b) **Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones en sociedades o en sus activos;**

c) **El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;**

d) **La propiedad intelectual** que, entre otros, comprende los derechos relativos a:

Las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras;

Los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano;

Los diseños industriales;

Las obras de estampado de semiconductores;

Los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales.

e) **Todo derecho conferido por ley o por contrato** y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la ley.

La afectación del concepto de expropiación en el derecho público ecuatoriano, en razón de lo que se conceptúa como “Inversiones” dentro del Tratado

El Artículo III del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, en su punto 1, dice lo siguiente:

“1.- Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II. La indemnización equivaldrá al valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer si ocurre con anterioridad....”.

El Artículo 33 de la Constitución Política de la República que rigió hasta el año 2008, establecía:

*“Art. 33.- Para fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, **podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización**, los bienes que pertenezcan al sector privado. **Se prohíbe toda confiscación**”.*

La Constitución Política actualmente vigente establece en el artículo 323 lo siguiente:

“Art. 323.- [Expropiación de bienes].- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, como razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley.

Se prohíbe toda forma de confiscación”.

El asunto de fondo radica en que, como la figura jurídica de la expropiación, según el mandato constitucional, debe darse previa indemnización, de lo que se trata es de introducir dentro del concepto de la expropiación a la afectación que se pueda dar a todo tipo de inversión comprendidas dentro del significado de “inversiones” que está definido en el Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, para garantizar la protección ilimitada estas inversiones con el objeto de obtener posiciones de ventaja e inmunidad a favor de las transnacionales, destrozándose el ordenamiento legal del País, que permite que el Estado, en determinados casos, debidamente fundamentados y motivados, pueda realizar determinados actos en ejercicio de su jurisdicción administrativa, como lo son por ejemplo la imposición de una multa de una empresa norteamericana, la cual al encontrarse protegida por las normas del referido Tratado, bien puede alegar que con la aplicación de una multa, se le está afectando a sus inversiones, en particular, en lo que respecta a los rendimientos que espera obtener de las mismas.

La conceptualización de lo que es la expropiación en la ley ecuatoriana

A manera de ejemplo para que se siga entendiendo de mejor manera el concepto de lo que es una expropiación en el derecho ecuatoriano, transcribimos, a continuación el Artículo 781 del Código de Procedimiento Civil, que dice:

*“Art. 781.- Nadie puede ser privado de su propiedad raiz en virtud de **expropiación**, sino en conformidad con las disposiciones de esta Sección; sin perjuicio de lo que dispusieren leyes especiales sobre la expropiación para construcción, ensanche y mejora de caminos, ferrovías, aeropuertos y poblaciones”.*

Por lo tanto, el Código de Procedimiento Civil cuando trata sobre la expropiación, se refiere a inmuebles, predios, fundos, terrenos y a derechos reales sobre la cosa.

Cuando el Artículo 784 del Código de Procedimiento Civil habla de los derechos reales sobre la cosa, esto nos lleva a tomar en cuenta las disposiciones del **Artículo 595 del Código Civil** que dice:

“Art. 595.- Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el dominio, el de la herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda, el de hipoteca. De estos derechos reales nacen las acciones reales.”

En esta disposición del Código Civil se integran todos los tipos de derechos reales y, obviamente, cuando revisamos su lista, vemos que cuando **el Tratado** habla de que las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, es que, de manera arbitraria, ilegal y abusiva se **está deformando la institución jurídica de la expropiación**, la misma que se refiere a derechos reales sobre la cosa a expropiarse y no sobre sociedades o acciones de capital, participaciones en sociedades, el dinero, la

propiedad intelectual y todo derecho conferido por ley o por contrato, y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la ley.

Al considerarse de esta manera como “inversiones” a todos estos conceptos, como se lo hace en el Tratado bilateral, **se le está dando un giro en el derecho al concepto de la expropiación con el exclusivo propósito de limitar la capacidad del Estado a ejercer su soberanía** sobre distintas materias.

Veamos, adicionalmente, cómo realmente se conceptúa a la expropiación dentro del ordenamiento legal y contractual en materia de hidrocarburos

El Artículo 4 de la Ley de Hidrocarburos señala:

*“Art. 4.- Se declara de utilidad pública la industria de hidrocarburos en todas sus fases, esto es, el conjunto de operaciones para su obtención, transformación, transporte y comercialización. Por consiguiente, **procede la expropiación de terrenos, edificios, instalaciones y otros bienes y la constitución de servidumbres generales o especiales de acuerdo con la ley, que fueren necesarias para el desarrollo de esta industria**”.*

El Artículo 91 de la Ley de Hidrocarburos establece:

*“Art. 91.- A **petición de una empresa contratista o de PETROECUADOR, podrá** el Ministerio del Ramo, previa declaratoria de utilidad pública, **expropiar** a favor de PETROECUADOR, para que ésta ceda su uso a la empresa interesada, **terrenos u otros bienes inmuebles, o constituir servidumbres, que fuesen indispensables para el desarrollo de cualquier aspecto de la industria petrolera. Todos los gastos y pagos que deban efectuarse para estos fines correrán por cuenta de la empresa interesada o de PETROECUADOR.***

La petición deberá acompañarse de los planos respectivos. El Ministerio del Ramo efectuada la inspección que fuere necesaria fijará la cantidad de dinero que estime suficiente para indemnizar al propietario, la que deberá ser depositada en el

Ministerio, a la orden del propietario, previo el avalúo practicado por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, para que éste la cobre si la encuentra conforme, previa suscripción de la escritura pública de enajenación o constitución de la servidumbre. En caso de inconformidad del propietario, esa cantidad se mantendrá en depósito hasta que se resuelva sobre el valor definitivo de la indemnización, para lo cual se procederá con sujeción al trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio de expropiación.

La ocupación de los bienes expropiados o el ejercicio de la servidumbre podrán efectuarse desde que se haya realizado el depósito”.

Queda claro que **la expropiación en el sector petrolero está circunscrita a terrenos o inmuebles que se precisen para el desarrollo de la actividad.**

A manera de ilustración, voy a transcribir la Cláusula 5.2.8 del Contrato de Participación suscrito por el Estado ecuatoriano con la OCCIDENTAL, mediante la cual **PETROECUADOR se obliga a:**

“5.2.8 Solicitar y obtener oportunamente del Ministerio del Ramo, a petición de la Contratista, previa la declaratoria de utilidad pública, la expropiación a favor de PETROECUADOR, de terrenos u otros bienes inmuebles o la constitución de servidumbres de cualquier naturaleza que fueren necesarias para el cumplimiento de las obligaciones de la Contratista, según este Contrato de Participación; bienes o derechos cuyo uso o aprovechamiento será cedido gratuitamente por PETROECUADOR a la Contratista, la que asumirá todos los gastos y pagos relacionados con tales expropiaciones o constitución de servidumbres”.

Entonces, queda claro que en el mismo Contrato de Participación suscrito entre el Estado ecuatoriano y la OCCIDENTAL se contempla también la posibilidad de que PETROECUADOR solicite al Ministerio de Energía y Minas una determinada expropiación por causas de utilidad pública, en aplicación de lo que determina el Artículo 4 de la Ley de Hidrocarburos. En este caso se trata de terrenos u otros bienes que se precisen para que la Contratista pueda cumplir con su Contrato.

A manera de ejemplo, la expropiación de un terreno por causa de utilidad pública para que OCCIDENTAL pueda construir y asentar en dicho terreno un oleoducto secundario.

El verdadero trasfondo de la confusión está en torno a **catalogar de manera intencionada la expropiación con un carácter jurídico extensivo y analógico, que no lo tiene en derecho público, con el objeto de garantizar que exista inmunidad legal** respecto de las acciones que pueda tomar el Estado por el manejo ilegal y arbitrario que se pueda hacer de las inversiones que realicen las transnacionales en el Ecuador.

Dado que, por mandato de la Constitución o de la ley, la expropiación se tiene que dar con el pago de la correspondiente indemnización, entonces, es por ello que, según el Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, no pueden expropiarse ni directa ni indirectamente, lo que se denomina dentro del término “inversiones” ciertos conceptos que nada tienen que ver los contemplados en el derecho ecuatoriano como susceptibles de expropiarse.

La expropiación es una institución jurídica prevista en la Constitución y en la Ley, y cabe aplicarla, siempre y cuando medien fines de orden social o público, lo cual permite que las Instituciones del Estado y, en otros casos, en beneficio de algunas obras públicas aunque éstas sean ejecutadas por el sector privado, se puedan expropiar bienes, previa justa valoración, pago e indemnización.

Tanto la Constitución Política de la República de 1998, en su artículo 33, como la Constitución Política actualmente vigente, en su artículo 323, se refieren a la figura jurídica de la expropiación y, al hacerlo, prohíbe toda confiscación.

Ello quiere decir que no podrá expropiarse bienes del sector privado por causas de utilidad social, sin que medie una justa indemnización. Así de simple.

La caducidad contractual es otra figura del derecho administrativo que extingue la relación contractual, distinta de la expropiación, en función de determinadas infracciones contra la administración pública.

En el caso de la caducidad del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos suscrito con la **OCCIDENTAL**, **se demandó al Ecuador a arbitraje internacional por expropiación, siendo que la figura jurídica de la caducidad contractual es una sanción administrativa contemplada en el derecho público ecuatoriano como tal**, sujeta al hecho de que se cumplan con uno o más de ciertos presupuestos fácticos, que se encuentran enumerados en los trece numerales del Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos, en el Artículo 79 de la misma Ley y en la Cláusulas contractuales.

Además, el Artículo 75 de la Ley de Hidrocarburos, que forma parte integrante de los contratos petroleros, establece:

“Art. 75.- La declaración de caducidad de un contrato implica la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas, y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno para PETROECUADOR y, además, la pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la ley y el contrato, las cuales quedarán a favor del Estado”.

Lo anterior nos hace ver que si está normada la caducidad contractual y que, como consecuencia de su declaratoria, revierten al Estado, sin costo alguno los bienes y derechos de la OCCIDENTAL respecto del citado Contrato. Entonces, ¿Por qué se insiste en confundir a la opinión pública en el sentido de afirmar que lo que quiere hacer el Estado ecuatoriano es expropiar y confiscar sus propiedades, cuando de lo que se trata es de aplicar la caducidad contractual y la consiguiente reversión, contempladas en la Ley de Hidrocarburos y en el Contrato?

La Ley contempla una serie de instituciones jurídicas que traen consigo la incautación de bienes por parte del Estado. Así por ejemplo el comiso aduanero, el comiso especial en el caso de tráfico de estupefacientes.

Si aceptamos la tesis de la OCCIDENTAL de que toda confiscación está prohibida, no se podría decomisar un contrabando de electrodomésticos, por ejemplo, o bienes que han sido utilizados para la producción, transporte o comercialización de estupefacientes.

Cada figura jurídica tiene su propia identidad, y la caducidad contractual que trae consigo la reversión de los bienes afectos al contrato, no puede comparársela con la confiscación ni con la expropiación, pero en la forma en que está redactado el Tratado para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, se confunde de manera intencionada, la figura jurídica de la expropiación con otras instituciones jurídicas del Derecho Ecuatoriano.

Por ello el argumento de que se le quiere confiscar o expropiar a la OCCIDENTAL sus bienes y derechos con motivo de la aplicación de la ineludible caducidad contractual, no tiene ningún asidero ni jurídico peor de sentido común.

Ejemplo de cómo, a través de este tipo de transgresiones al concepto de lo que es una expropiación, se intenta vulnerar la juridicidad en el Ecuador

A manera de ejemplo, la Ley de Régimen Tributario Interno contiene la norma del Artículo 69-A, texto vigente a la fecha de la suscripción del Contrato con Occidental que dice:

“Art. 69-A.- IVA pagado en actividades de exportación.- Las personas naturales y las sociedades que hubiesen pagado el Impuesto al Valor Agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes empleados en la fabricación de bienes que se exporten, tienen derecho a que ese impuesto les sea reintegrado, sin intereses, en un tiempo no mayor a (90) días, a través de la emisión de la respectiva nota de crédito, cheque u otro medio de pago...”

En el presente caso, debemos decir que **el petróleo no se fabrica, se extrae. Tanto es así que el nombre que internacionalmente tiene esta materia prima es el de “crudo”**. Es fácil leer en las noticias de prensa que por ejemplo, se dice que se han exportado un millón de barriles de crudo.

La palabra “crudo” implica, obviamente, un producto no fabricado.

El H. Congreso Nacional mediante **Ley Interpretativa No. 2004-41 del 2 de agosto del 2.004**, publicada en el Registro Oficial No. 397 del 11 de los mismos mes y año, procedió a interpretar el Artículo 69-A de la Ley de Régimen Tributario Interno.

Dicha Ley Interpretativa, en su Artículo 1, establece lo siguiente:

“Art. 1.- Interpretase el artículo 69-A de la Ley de Régimen Tributario Interno introducido por la Ley 99-24, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 del 30 de abril de 1999, en el sentido de que el reintegro del Impuesto al Valor Agregado, IVA, no es aplicable a la actividad petrolera en lo referente a la extracción, transporte y comercialización de petróleo crudo, puesto que el petróleo no se fabrica, sino que se lo extrae de los respectivos yacimientos”.

Pero, ¿qué sucedió con el tema del IVA petrolero?.

Sencillamente que, siendo que no se podía demandarnos por materia tributaria por la vía del arbitraje internacional, la OCCIDENTAL y ENCANA demandaron al Ecuador por expropiación indirecta al amparo del Tratado de Promoción de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, lo cual sirve para demostrar cómo se perjudicó al Estado ecuatoriano, creando, aquí si, inseguridad jurídica y destrozando al derecho público ecuatoriano, en beneficio de los intereses privados.

Esto se repite en el numeral 6 del Artículo X.3 del Capítulo denominado Contratación Pública del Tratado de Libre Comercio que iba a ser suscrito entre el Ecuador y los EEUU, que dice:

“6. ... el Artículo XX (Inversión-Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje) se aplicarán a una medida tributaria supuestamente de expropiación o de una violación de un convenio sobre inversión o una autorización de inversión.....el inversionista podrá someter su reclamación a arbitraje, de conformidad con el Artículo XX (Inversión – Sometimiento de la Reclamación Al Arbitraje).”

Esto es gravísimo, puesto que **bajo este tipo de redacción se pretendía equiparar una expropiación una medida tributaria que pueda tomar el Ecuador y, de no estar de acuerdo, ello puede someterse a arbitraje internacional.**

Por ello, no es conveniente el que se mantenga en vigencia este tipo de Tratados por los enormes perjuicios que pueden crear al País.

En el TLC se pretende introducir también este falso concepto de la expropiación directa e indirecta en beneficio de los EEUU

En el Artículo 6 del Capítulo de Inversiones del Tratado de Libre Comercio (TLC) que iba a suscribirse entre el Ecuador y los Estados Unidos de América, se hace constar lo siguiente:

“Artículo 6: Expropiación e indemnización

1. Ninguna de las Partes podrá expropiar ni nacionalizar directa o indirectamente una inversión cubierta mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización de esa inversión (“expropiación”), salvo que:

- a) sea por causa de utilidad pública;*
- b) sobre bases no discriminatorias;*
- c) mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva;*
- d) apegada a los principios de legalidad y del debido proceso y los Artículos del 5.1 al 5.3.*

2. ***El pago de la indemnización referida en el párrafo 1 (c) se hará:***

- (a) *sin demora;*
- (b) ***será equivalente al valor justo del mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo (fecha de expropiación);***
- (c) *y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación; y,*
- (d) *y será completamente liquidable y libremente transferible.”. Lo destacado en negrillas es mío.*

El punto 4 del Anexo B del Capítulo de Inversiones del Tratado de Libre Comercio (TLC) que iba a suscribirse entre el Ecuador y los Estados Unidos de América, se estipulaba lo siguiente:

*“La segunda situación abordada por el Artículo 6.1 del Capítulo Inversiones del TLC es **la expropiación indirecta**, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.*

En este Artículo se dice:

(a) ***La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:***

(i) ***El impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;***

(ii) ***La medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y,***

(iii) *El carácter de la acción gubernamental.*

(b) *Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público tales la como **salud pública, la seguridad y el medio ambiente***”. Lo destacado en negrillas y subrayado es mío.

Vemos con toda claridad cómo a través de este tipo de Tratados se crea artificialmente una nueva doctrina jurídica, la de la expropiación indirecta, siendo que **no cabe el hacer una distinción respecto de una expropiación directa o indirecta**, con lo cual se desbarata al derecho público ecuatoriano en esta materia.

En el Derecho Ecuatoriano, la figura jurídica de la expropiación es una sola, y se da por causa de utilidad pública o social, constituyendo una limitación al derecho de propiedad, a fin de permitir que se usen determinados bienes, para un objeto público o social determinado, como lo es, a manera de ejemplo, la expropiación de terrenos para que por ahí pase una carretera

Esto de la expropiación indirecta que se ha dado en referir en este tipo de Tratados, intenta evitar que el Estado ecuatoriano, pueda actuar, ante infracciones cometidas por las compañías transnacionales, sancionando estos actos en función de lo que establecen las leyes ecuatorianas.

El párrafo 3 del Artículo II del Tratado de Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, vulnera el principio jurídico de la litis pendencia y crea inseguridad jurídica

“3.

a) Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.

b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición la expansión o la enajenación de las inversiones. Para los fines de la solución de diferencias, de conformidad con los artículos VI y VII, una medida podrá tenerse por arbitraria o discriminatoria aún cuando una parte haya tenido o ejercido la oportunidad de que dicha medida se examine en los tribunales o en los tribunales administrativos de una de las Partes.

c) Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones.”

De esta manera, bien puede arbitrariamente un asunto ser resuelto por una instancia administrativa o judicial del Ecuador y, dependiendo del fallo, volver a someter el objeto de la controversia a arbitraje internacional, alegando trato discriminatorio.

Esto es tremendamente grave por cuanto el sometimiento a la jurisdicción administrativa y judicial en el Ecuador será respetada y tendrá validez, en tanto en cuanto, en las resoluciones o sentencias que se expidan, se le de la razón al inversionista extranjero, ya que de no ser así, éste tiene derecho a utilizar una vía adicional que es el arbitraje internacional, donde tiene las mejores posibilidades de hacer valer sus intereses.

El Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, vulnera el principio doctrinario del derecho de que la materia tributaria no puede ser sujeto de arbitraje internacional

El Artículo X del Tratado dice:

“1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte.

2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:

- a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III;*
- b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV; o,*
- c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tales como se menciona en el inciso a) o en el inciso b),*

En la medida en que no estén sujetas las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en plazo razonable”.

Como vemos, vuelve a aparecer el tema tributario vinculado a la expropiación, lo cual como ya lo analizamos anteriormente, es un total contrasentido.

El Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, no contempla el ejercicio del recurso de nulidad respecto de los laudos arbitrales

El punto 6 del Artículo VI del Tratado dice:

“6.

Todo laudo arbitral dictado en virtud de este artículo será definitivo y obligatorio para los fines de la diferencia. Cada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio”.

Esta disposición del Tratado, inobserva lo señalado en el numeral 2 del Artículo 5 de la Convención Internacional sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como el Tratado de New York, que dice:

“2. *También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:*

- a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o,*
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.”*

Es de hacer notar que tanto el Ecuador como los EEUU, suscriben el Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los dos países, y son los mismos que suscribieron y ratificaron la citada Convención.

Igual cosa sucede en el reconocimiento de la petición de nulidad como único recurso que se puede ejercer contra un laudo arbitral, lo cual está contemplado en las Normas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI en castellano y UNCITRAL en inglés).

El Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, no contempla la reconvencción ni el derecho a la contrareclamación, que puede ser ejercida por el Estado ecuatoriano

El punto 7 del Artículo VI del Tratado dice, su parte pertinente:

“7. En todo procedimiento relativo a una diferencia en materia de inversión, las Partes no emplearán como defensa reconvencción, derecho de contrareclamación o de otro modo...”.

Esto limita las posibilidades de defensa del País, en casos en que exista algún aspecto vinculante sobre la materia objeto del arbitraje.

Los altos costos del arbitraje internacional

El punto 4 del Artículo VII del Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, dice:

“4. Los gastos incurridos por el Presidente y los otros árbitros, así como las demás costas del procedimiento, serán sufragados en partes iguales por las Partes. Sin embargo, el Tribunal podrá, a su discreción, ordenar que una de las Partes pague una proporción mayor de las costas”.

Al respecto, debemos preguntarnos: ¿Qué empresa nacional tiene los recursos suficientes para demandar en arbitraje internacional, siendo que, aunque se le dé la razón, tendrá que asumir costos gigantescos por este procedimiento de justicia privatizada?

Las reservas que hacen los dos países al Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, son asimétricas y desiguales en perjuicio del Ecuador

Los puntos 3 y 4 del Protocolo del Tratado establecen una desigualdad marcada respecto de las reservas realizadas por los dos países en materia de excepciones, como se indica a continuación:

<p><i>Los Estados Unidos se reservan el derecho a establecer o mantener excepciones restringidas al trato nacional, previsto en el artículo II, párrafo 1, en los sectores o materias que se indican a continuación:</i></p> <p><i>Transporte aéreo; transporte marítimo y de cabotaje; banca; seguros; asignaciones oficiales; programas gubernamentales de seguros y préstamos; producción de energía y electricidad; agencias de aduanas; propiedad de bienes inmobiliarios; propiedad y operación de estaciones de emisoras de radio y televisión comercial, propiedad de acciones en la “Communications Satellite Corporation”; provisión de servicios públicos de telefonía y telegrafía; prestación de servicios de cable submarino; aprovechamiento de la tierra y los recursos naturales, explotaciones de minas en propiedades públicas; servicios marítimos y servicios afines; y corretaje a título primario de valores del Gobierno de los Estados Unidos.</i></p> <p><i>Los Estados Unidos se reservan el derecho a hacer o mantener excepciones restringidas al trato de nación más favorecida, prevista en el artículo II,</i></p>	<p><i>El Ecuador se reserva el derecho a hacer o mantener excepciones restringidas al trato nacional, previsto en el Artículo II, párrafo 1, en los sectores o materias que se indican a continuación:</i></p> <p><i>Pesca tradicional (que no incluye procesamiento de la pesca ni la acuicultura); propiedad y operación de estaciones emisoras de radio y televisión comercial.</i></p>
--	--

<p><i>párrafo 1, en los sectores o materias que se indican a continuación:</i></p> <p><i>Propiedad de bienes inmobiliarios, explotación de minas en propiedades públicas, servicios marítimos y afines; y corretaje primario de valores del Gobierno de los Estados Unidos.</i></p>	
---	--

Esta es la forma cómo negocian los ecuatorianos este tipo de Tratados, siendo que lo que está suscrito está a favor del país más fuerte, como son los EEUU, como se puede ver fácilmente en el texto transcrito.

Hay que preguntarse: ¿Podía jurídicamente, el Gobierno Nacional suscribir el Tratado?

En los literales b) y f) del punto 1 del Artículo I del Tratado se dice lo siguiente:

“b) “Sociedad” de una Parte significa cualquier clase de sociedad anónima, compañía, asociación, sociedad comanditaria u otra entidad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una Parte o de una subdivisión política de la misma, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o pública”.

“f) “Empresa estatal” significa la empresa que sea propiedad de una de las Partes o que esté controlada por esa Parte mediante derecho de propiedad”.

Dentro de este concepto se encuentran, entonces, las sociedades públicas y empresas del Estado ecuatoriano.

El primer párrafo del Tratado dice lo siguiente: **“La República del Ecuador y los Estados Unidos de América, en adelante, “las Partes”.**

A la fecha de suscripción de este Tratado regía la Codificación de la Constitución Política de la República, aprobada por el Plenario de las Comisiones Legislativas del Congreso Nacional el 31 de marzo de 1.993.

El Artículo 16 de esta Constitución Política, que regía en ese entonces, disponía:

“Art. 26.- Los contratos celebrados por el Gobierno por entidades públicas con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña”.

Además, en el literal e) del Artículo 79 de la Constitución vigente a la fecha, se establecía que los Tratados y demás Convenios Internacionales debían celebrarse, de conformidad con la Constitución y leyes de la República, por lo que en ese entonces la jerarquía de un Tratado internacional se encontraba por debajo del valor jurídico de una ley, en este caso debía someterse a la disposición del Artículo 1.505 del Código Civil, antes señalado.

El Artículo 1.505 del Código Civil, entonces vigente, disponía que *“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. Así la promesa de someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas”.*

Es menester indicar que, adicionalmente, con fecha 27 de Septiembre de 1.976, mediante **Decreto Supremo No. 797-B**, el Consejo Supremo de Gobierno decreta en su Artículo 1°. *“Interprétase el Art. 1.505 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 153 de la Constitución Política, en el sentido de que el convenio de sujetarse a una jurisdicción extraña procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional”.*

Las disposiciones del Artículo 1.505 del Código Civil, vigente en ese entonces, y de su interpretación antes comentada, fueron recién derogadas con motivo de la

aprobación de la Ley de Arbitraje y Mediación, expedida el 29 de Agosto de 1.997, publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de Septiembre de ese año.

Debemos decir, además, que con base en el Artículo 38 de la Ley de Modernización, se dictó la Ley 77, publicada en el Registro Oficial No. 290 del 3 de abril de 1.998, y se emitieron dos Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, la última de ellas, de fecha 13 de enero de 1.999, publicada en el Registro Oficial No. 120 del 1º. de Febrero de 1.999, por la cual se manda que *“Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado y otras entidades y organismos del sector público serán conocidas y resueltas: En primera instancia por los Jueces de lo civil y en segunda instancia, por las Cortes Superiores. Los recursos de casación serán conocidos y resueltos por las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.”*

¿En qué quedó esta jurisdicción?

En nada, porque al momento de velar por la verdadera seguridad jurídica del Ecuador, a ésta se la vulnera para dar paso a un derecho que se impone para posicionar y mantener la prevalencia de los intereses extranjeros por sobre los nacionales, para lo cual cuentan con la autoría y la complicidad de unos pocos ecuatorianos que, más bien, deberían cambiar de nacionalidad, porque sus actos no se muestran en beneficio de nuestro País, al que se dicen pertenecer.

Por lo tanto, a la fecha de la firma del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, éste era inconstitucional e ilegal en razón del sometimiento a una jurisdicción extraña a la de los órganos jurisdiccionales del Ecuador, comprometiendo a las sociedades ecuatorianas de propiedad pública o a empresas estatales ecuatorianas, al sometimiento del arbitraje internacional, como lo contempla el citado Tratado

El sometimiento al arbitraje internacional al margen de la Constitución Política y de la ley, es nulo por vicio del objeto, por contravenir el Derecho Público ecuatoriano, y ello es lo que se hizo con el Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de

Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, que fuera suscrito en Washington el 27 de agosto de 1.993, por el entonces Embajador ecuatoriano en los EEUU.

LO DISCUTIDO RESPECTO A ESTE TRATADO SOBRE PROMOCIÓN Y
PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES SUSCRITO ENTRE EL
ECUADOR Y LOS EEUU, CON MOTIVO DE LAS RONDAS DE
NEGOCIACIONES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO (TLC)

IV Ronda de Negociaciones, Puerto Rico, 13-17 septiembre / 2.004

En esta Ronda se llevó a cabo una reunión bilateral con el objeto de intercambiar opiniones y puntos de vista sobre qué hacer con el Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre el Ecuador y los EEUU.

En esta Ronda *“El delegado americano explicó la propuesta que consiste en el intercambio de notas diplomáticas entre los dos Gobiernos en el sentido de **suspender los artículos VI y VII (Solución de Controversias) del BIT una vez que entre en vigencia el TLC**; sin embargo, no se suspenderán dichos artículos por un período de diez años en el caso de inversiones cubiertas en el marco del BIT (inversión existente y la que se establezca, adquiera o expanda desde que entró en vigencia el BIT; y para el caso de controversias surgidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del TLC y que son susceptibles de ser sometidas a los artículos VI y VII del BIT”*.

VI Ronda de Negociaciones.- Tucson, 30 noviembre – 5 diciembre 2.004

En las actas respectivas se dice: “Ecuador señaló que el objetivo de estar negociando un TLC con EEUU era mejorar el BIT suscrito entre los dos países....Se dio a conocer a EEUU que habría dificultades políticas al no mantener los temas antes logrados a través del BIT, toda vez que al ser el Congreso el órgano que aprueba el TLC pediría explicaciones sobre los temas que se perderían y que consta en el BIT”.

VII Ronda de Negociaciones.- Cartagena, 7-11 febrero 2.005

En las actas se dice lo siguiente. *“En la propuesta de EEUU, el BIT seguiría en vigencia, suspendiéndose su aplicación solamente para el mecanismo de solución de controversias por 10 años, coexistiendo sus disciplinas. Ecuador manifestó las complicaciones que pudiese tener el administrar y aplicar dos tratados sobre los mismos temas que incluyeren normas contradictorias o de distinto nivel de cobertura o protecciónSobre una propuesta de un side letter sobre el alcance del BIT frente al TLC que fue expuesta por Ecuador, EEUU se mostró categóricamente en contra de su suscripción, pero dispuesto a explorar posibilidades en un fono conferencia a concretarse”.*

VIII Ronda de Negociaciones.- Washington, 14-18 marzo 2.005

En las actas se dice lo siguiente: *“En lo que respecta a la reunión bilateral entre Ecuador y EEUU, el primer tema giró entorno a identificar el futuro del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BIT) una vez que entre en vigencia el TLC. Ecuador insistió en la posición de que no quisiera perder varios de los beneficios que consta en el BIT y que no están incorporadas en el TLC”.*

“Se volvió a indicar a EEUU que la decisión sobre qué hacer con el BIT será adoptada una vez que concluyan las negociaciones; sin embargo se están analizando varias posibilidades, siendo una de estas la relacionada con la posibilidad de dar por terminado de mutuo acuerdo el BIT, con lo que se debería aplicar el Artículo 54 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (esta posibilidad no consta en el BIT)”

“Por último se indicó a EEUU que para Ecuador el hecho de tener dos instrumentos con normativa diferente provocaría inseguridad jurídica. Este punto, BIT versus TLC volverá a ser discutido en la siguiente ronda”.

X Ronda de Negociaciones.- Guayaquil 6-10 junio 2.005

En las actas consta lo siguiente: *“Se manifestó a EEUU que no pueden existir dos acuerdos o instrumentos sobre una misma materia que tenga una normativa diferente, ya que esto provocaría inseguridad jurídica. Ante esta posición, EEUU indicó que no veía por dónde se daría dicha inseguridad jurídica, a lo cual el Ecuador a través de varios ejemplos explicó la situación”.*

“Ecuador indicó que se encuentra analizando la posibilidad de dar por terminado el BIT, para lo cual hizo referencia al artículo 54 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, norma que permite de mutuo acuerdo, dar por terminado un Tratado. Esta posibilidad no se encuentra incluida en el BIT, por lo que es necesaria la voluntad de las Partes para darlo por terminado. EEUU es contrario a esta posibilidad”.

*“Además manifestaron (EEUU) que el Senado es el órgano responsable de aprobar las reformas sustanciales, y que consideraban como una de éstas la **sugerencia de dar por terminado el BIT de mutuo acuerdo, lo cual era muy complejo, por lo que el delegado de EEUU sugirió que se haga lo que antes ya habían hecho con Marruecos y Honduras (suspender por 10 años el mecanismo de solución de controversias del BIT para que aplique la normativa del TLC, con dos excepciones: inversiones cubiertas y controversias surgidas en base al BIT, casos en los que se seguirá aplicando el BIT)**”.*

XI Ronda de Negociaciones.- Miami, 18-22 julio 2.005

En las actas consta lo siguiente:

“EEUU recalcó que su posición ha sido tajante (suspensión del mecanismo de solución de controversias del BIT cuando entre en vigencia el TLC, salvo por 10 años para la inversiones cubiertas y controversias originadas bajo el BIT, casos en los que aplicaría el mecanismo del BIT). Manifestó dos preocupaciones, la primera de carácter político, y una legal. Respecto a la política, señaló que es inapropiado decir a los inversionistas que no tendrán disponible los mecanismos de solución de

*controversias del BIT ya que esa era una de sus expectativas. Refiriéndose a la preocupación legal, indicó que resultaba poco práctico el hecho de eliminar la “cola” de 10 años, lo que significaba una enmienda del BIT, **tema que tendría que ser sometido a decisión del Senado, lo cual era inviable**”.*

“Ecuador recalcó a EEUU que resultaba complejo para el Congreso Nacional ecuatoriano aceptar dos instrumentos sobre la misma materia con normativa diferente (inseguridad jurídica). Se señaló que la terminación de mutuo acuerdo constituía solo una opción que se estaba analizando y que se seguía explorando una definitiva, decisión que se tomará una vez finalizada la negociación del TLC y con seguridad será al más alto nivel”.

Análisis de lo discutido en las Rondas de Negociaciones del TLC acerca del Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU

1. **La propuesta de los EEUU de suspender únicamente los Artículos VI y VII del Tratado bilateral una vez que entre en vigencia el TLC.**

Ello lo plantea EEUU, porque en el Tratado de Libre Comercio (TLC) en el **Artículo 15 del Tratado**, relativo al Capítulo Inversiones, establece que **el demandante por cuenta propia podrá someter a arbitraje una reclamación** alegando que el demandado ha violado respecto de obligaciones, autorizaciones o acuerdos de inversión, o que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

El arbitraje pactado en el TLC generalmente se llevaría a cabo a través del CIADI, que es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones que se estableció bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. El CIADI es un Centro de arbitraje del Banco Mundial.

Por la disposición del Artículo 18 del TLC, si el demandado se niega a concurrir al arbitraje, el Secretario General del CIADI designa al árbitro o árbitros que no hayan sido designados, con lo cual, el proceso de arbitraje no se interrumpe.

Bajo las normas del TLC, cabe el que se apliquen las normas de derecho especificadas en el acuerdo de inversión, o en la autorización de inversión pertinente, o de la manera cómo las partes contendientes puedan haber de otra manera acordado.

Esto traerá consigo el que se vulnere fácilmente el principio de territorialidad de las leyes establecido en el Derecho Internacional Privado y en el inciso primero del Artículo 15 del Código Civil, basados en el principio del derecho “Rex Sitae”: que dice:

“Art. 15.- Los bienes ecuatorianos están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.”

Por lo tanto, de lo que se trata es de suspender el Artículo VI del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, porque lo pactado hasta la fecha en el TLC es más beneficioso para los EEUU.

Asimismo, se trata de suspender el Artículo VII del Tratado bilateral por cuanto éste contempla que cualquier diferencia entre las Partes respecto de la interpretación o aplicación del Tratado se someterá a arbitraje conforme las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), mientras que en el TLC cualquier divergencia la resolverán de común acuerdo los miembros de una Comisión creada, dentro del TLC, para tal efecto.

2. Ecuador señaló que el objetivo de estar negociando un TLC con EEUU era mejorar el Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU

Esto no es así y la prueba de ello, es que los EEUU no quieren que, con la entrada en vigor del TLC, se deje sin efecto el Tratado bilateral, porque éste último tiene mayores protecciones en beneficio de las empresas transnacionales.

La prueba de ello es que **los EEUU señalaron que habría dificultades políticas** porque el Congreso de ese país pediría explicaciones sobre los temas que se perderían y que constan actualmente en el Tratado bilateral.

3. EEUU sostiene que, en caso de que se denuncie el Tratado bilateral, Ecuador perdería las ventajas y beneficios previstos en él, que no están incorporadas en el TLC.

Al respecto me pregunto: ¿Cuáles son esas ventajas, si el Tratado de Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, fue suscrito fundamentalmente para blindar los intereses de las compañías transnacionales que invierten en el Ecuador, siendo que las empresas de nuestro País no realizan significativas inversiones en los EEUU.?

4. Ante una propuesta del Ecuador de que se defina una “side setter” sobre el alcance del Tratado bilateral frente al TLC, los EEUU se mantuvieron categóricamente en contra de su suscripción.

Esta es otra prueba más de la importancia que los EEUU da al Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, toda vez que éste concede enormes ventajas a los nacionales y sociedades de ese país.

Además, los EEUU se protegen anticipadamente de no generar dudas respecto de la vigencia y posterior prórroga de este Tratado bilateral, toda vez que ellos mismo saben que no existe la buena disposición de su Gobierno por ceder en sus intereses e imposiciones en el marco general de las negociaciones del TLC, por lo que no es probable que éste se suscriba finalmente.

5. Se habla de que Ecuador se encuentra analizando la posibilidad de dar por terminado por mutuo acuerdo el Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones

entre el Ecuador y los EEUU, para lo cual hizo referencia al Artículo 54 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. A esto se dejó sentado que EEUU es contrario a esta posibilidad.

El citado Artículo 54 citado señala:

“Art. 54.- La terminación de un tratado o el retiro de una Parte tendrá lugar:

- a) **Conforme a las disposiciones del Tratado;** o,*
- b) **En cualquier momento, por consentimiento de todas las Partes después de consultar a los demás Estados Contratantes.**”*

La Delegación ecuatoriana a la VIII Ronda de Negociaciones.- Washington, 14-18 marzo 2.005, manifestó que “se están analizando varias posibilidades, siendo una de estas la relacionada con la posibilidad de dar por terminado de mutuo acuerdo el BIT, con lo que se debería aplicar el Artículo 54 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (esta posibilidad no consta en el BIT)”

Vemos que **ello no es cierto** porque el Artículo 54 de dicha Convención contempla la posibilidad de terminar un Tratado por mutuo acuerdo, ello, además de que también puede terminarse por una denuncia unilateral de una de las Partes según las disposiciones acordadas en el Tratado, que, como veremos posteriormente, si lo permiten.

De ahí que, **no se entiende, además, la posición ecuatoriana al cerrarse a mirar como única vía para la terminación de este Tratado bilateral el que se de por mutuo consentimiento, siendo que ello limitaría la decisión soberana del Ecuador de proceder unilateralmente en ese sentido** como lo estipula el mismo Tratado, cumplido cierto tiempo de su vigencia.

En las Rondas de Negociación del TLC, **EEUU indicó, además, que la terminación del Tratado bilateral por mutuo acuerdo era muy complejo**, por lo cual sugirió que se haga lo que antes se había hecho con Marruecos y Honduras en el

sentido de suspender la vigencia por 10 años respecto del mecanismo de solución de controversias, lo cual ya fue analizado en el punto 1.

Debemos prestar mucha atención a la posición de los EEUU, que es abiertamente contraria a la posibilidad de que se termine el Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU, ni siquiera por mutuo acuerdo de las Partes, lo cual implica que, de manera arbitraria y abusiva pretende desconocer lo pactado en el numeral 2 del Artículo XII, del citado Tratado, que contempla la denuncia unilateral del mismo por parte de una de las dos Partes.

Conclusión obvia

De lo analizado se puede fácilmente concluir que **existe un vivo interés del Gobierno norteamericano por mantener el Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU**, porque saben los grandes beneficios que obtuvieron en él, a costa de la vulneración de nuestro derecho público, lo cual sería difícil que lo vuelvan a obtener a través del TLC, dada la conciencia que hoy en día está emergiendo, respecto de los verdaderos alcances y compromisos que se pactan en estos Tratados.

En este punto cabe afirmarse que **si EEUU se aferra con uñas y dientes al Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU**, es porque el Tratado le favorece de manera definitiva a los intereses de sus empresas transnacionales.

LA NECESARIA DENUNCIA DEL TRATADO QUE DEBE REALIZARSE CON LA DEBIDA OPORTUNIDAD

El Artículo XII del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y los EEUU establece, en sus numerales 1 y 2, lo siguiente:

1. *El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación y permanecerá en vigor por un período de diez años y continuará en vigor a menos que se denuncie de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo...*

2. *Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación.*

El protocolo de canje de los Instrumentos de Ratificación del Tratado se realizó el 11 de abril de 1.997, por lo tanto, **su vigencia se encuentra pactada desde el 11 de mayo de 1.997, hasta el 11 de mayo del 2.007.**

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del Artículo XII del Tratado, cualquiera de las Partes, en este caso, **el Ecuador, puede denunciar el Tratado** al concluir el período inicial de diez años, que fenece el 11 de mayo del 2.007, **pero para ello, es necesario que se presente una notificación por escrito en tal sentido al Gobierno norteamericano.**

No debemos olvidar que, de alguna manera **el arbitraje internacional, en especial este último, constituye una disminución grave que se hace al ámbito de la Función Judicial ecuatoriana**, siendo que la administración de justicia es y constituye un servicio público. Por ello, el arbitraje, siendo un procedimiento que no lo ejerce ni lo administra el Estado, constituye una privatización intolerable de la justicia internacional, en momentos en que el ser humano ha dejado de ser el motivo de preocupación de los Estados, para pasar a ocupar su lugar el capital, en especial si es transnacional.

Con **el Consenso de Washington** se produce la introducción a nuestros países, de manera descontrolada, de la inversiones y de los bienes y servicios de los países industrializados, que se da mediante el proceso de globalización, y **viene como parte de este ejército de penetración económica, una justicia internacional privatizada** que, en gran parte se encuentra en poder de los organismos multilaterales de crédito que,

como el Banco Mundial, tienen su propio Centro de arbitraje internacional, Banco que tiene como objetivo proteger fundamentalmente a los inversionistas y no a los Estados receptores de los flujos de inversión.

Este es el caso de una necesaria denuncia de un Tratado internacional suscrito por el Ecuador que le perjudica en lo económico y que produce una afectación al Derecho Público ecuatoriano.

CAPITULO IV

FORMAS DE TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.- SU NULIDAD Y SU SUSPENSIÓN

4.1.- Tratados celebrados en violación al Derecho Internacional.-

Se dice del quebrantamiento de normas de un Derecho vigente. Las sanciones a que da lugar se fundan en que siendo el orden jurídico un conjunto de normas coactivamente impuestas y obligatorias, el Estado puede y debe restablecerlo cuando se lo ha violado, y sancionar civil y penalmente al infractor. La violación puede manifestarse en muchas formas y su configuración jurídica depende esencialmente de la naturaleza del bien lesionado y de la norma infringida, que puede ser de Derecho Público o Privado, Nacional o Internacional (...)⁶⁹

No existen precedentes, salvo los derivados por inferencia de los principios generales, que ayuden a decidir si un Tratado debe ser invalidado porque viola las reglas aceptadas de Derecho Internacional. Indudablemente, si el Derecho Internacional está formado por un conjunto de normas, cualquiera sea el sentido que se dé a esta palabra, sus reglas deben tomar precedencia sobre cualquier pacto, o contrato, celebrado entre miembros de la comunidad internacional. Pero, a pesar de esta afirmación es tanta la amplitud de las posibles interpretaciones con respecto a la aplicación de las reglas de Derecho Internacional, que los contratos formalizados en violación del Derecho general pueden continuar actuando, y en los hechos continúan, sin que se considere su carácter dudoso.

No cabe duda que un acuerdo celebrado entre dos o más Estados para cometer un delito internacional, tal como fue la partición de Polonia en 1774, no puede ser considerado por los otros Estados como una fuente de buena fe, que la opinión pública desearía obligar a respetar en el caso de que uno u otro de los conspiradores no mantuviesen el tradicional "honor entre ladrones".

⁶⁹ GARRONE, José, “*Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*”, Tomo III, pág. 597.

Sin embargo, con el tiempo, muchos Tratados de este carácter han llegado a ser aceptados, y los países los consideran como la concreción de un estado de hecho, que puede dar origen a derechos prescriptivos, y con este alcance los ha aceptado la opinión pública de la comunidad internacional, dándoles una trascendencia legal limitada.

Por otra parte, un acuerdo celebrado entre dos Estados, en violación de principios de Derecho Internacional, tales como la libertad de los mares, en los cuales los otros Estados tienen un interés directo y personal, será, como puede inferirse, repudiado de inmediato por éstos, que no sólo lo considerarán nulo sino que pueden llegar a tomarlo como un ataque contra sus derechos, aún antes de que se cumpla ningún acto de ejecución del acuerdo.

Se ha dicho muchas veces que las disposiciones de los Tratados no tienen fuerza compulsiva cuando ellas se oponen a los principios de la moral y de la justicia. Pero esta afirmación solo significa que el Derecho Internacional incluye dentro de sus normas algunos principios generales tomados de los derechos fundamentales de la conducta humana y que, si un Tratado se opone a éstos evidentemente, no será aceptado con carácter obligatorio por los otros países. Sin embargo, una regla establecida en términos tan amplios, suele tener muy poca eficacia práctica.

En 1907 Gran Bretaña y Rusia celebraron un acuerdo por el cual, sin el consentimiento de Persia, se delimitaron esferas de intereses en ese país, comprometiéndose, mutuamente a respetar los intereses del otro dentro de sus, respectivas esferas. El Tratado constituía, sin duda, una grave intrusión en la soberanía real, si no formal de Persia, y desde ese punto de vista podía decirse que era contrario a la corrección pública internacional, aunque no fuese especialmente contrario al Derecho Internacional. Las condiciones internas de Persia eran, sin embargo, tales que proporcionaron a las partes del Tratado la excusa de motivos filantrópicos, aunque, en realidad, la opinión pública de la comunidad internacional, se preocupó muy poco por el asunto.

Por otra parte, el Tratado del 25 de mayo de 1915, entre China y Japón, aún con omisión del notorio Grupo V, colocó a China en una posición de parcial dependencia política y económica con respecto al Japón; de no haberse encontrado los miembros más importantes de la comunidad internacional comprometidos en una guerra, es posible que la opinión pública hubiera considerado este pacto, como nocivo para la paz del Lejano Oriente.

Es de esperar que las obligaciones asumidas de acuerdo a los términos de la Carta de las Naciones Unidas, concretarán el problema dentro de términos más definidos.⁷⁰

4.2.- Formas de terminar los Tratados Internacionales.-

Las causas para dar por terminado un Tratado Internacional, se las puede clasificar de la siguiente manera:

a) Circunstancias consideradas por la Convención como causas de terminación: la terminación tendrá lugar: de conformidad con el Tratado o previa consulta y consentimiento de todas las Partes (artículo 54 de la Convención); por denuncia, si la intención de todas las Partes en autorizarla consta o se deduce del Tratado (artículo 56 de la Convención); por abrogación tácita, si todas las Partes celebran posteriormente otro Tratado sobre la misma materia y consta o se deduce su intención de regirse por él, o si los Tratados son incompatibles o no aplicables simultáneamente (artículo 59 de la Convención); por violación grave del Tratado no admitido por la Convención de Viena o violación de una disposición esencial para el objeto y fin del Tratado que faculta a la otra Parte en los Tratados bilaterales, y a las otras Partes unánimemente en los multilaterales, para darlo por terminado (artículo 60 de la Convención); por imposibilidad subsiguiente de cumplimiento, por desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable a tal efecto (artículo 61 de la Convención); por un cambio fundamental, que modifique radicalmente las obligaciones, no previsto por las Partes y no resultante de una violación de la Parte que lo alega. Cambio de las circunstancias que constituyeron una base esencial

⁷⁰ FENWICH, op cit., págs: 505-506.

del consentimiento para la celebración del Tratado, y siempre que éste no establezca una frontera (cláusula o doctrina “*rebus sic stantibus*”, (artículo 62 de la Convención). Cautelas dirigidas a evitar la aplicación indiscriminada o abusiva de la cláusula. Y, por aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, de “*Jus cogens*”, que anulará y terminará todo Tratado existente que se oponga a la misma (artículo 64 de la Convención).

b) Circunstancias excluidas por la Convención como causa de terminación: son éstas, la reducción del número de Partes hasta un número inferior al necesario para la entrada en vigor (art. 55) y la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares (artículo 63).

c) Circunstancias no citadas por la Convención como causa de terminación: la primera de ellas es la llegada al término final estipulado en el Tratado (causa englobada en la de terminación conforme al tratado del artículo 54.a) de la Convención).

Otra causa es la guerra. Hasta la Primera Guerra Mundial se consideró que terminaban todos los Tratados. Pero, aunque la guerra entraña la interrupción de relaciones y un consiguiente deterioro posterior de las mismas, a su fin se producen tales cambios políticos internos que dichas relaciones pueden recomponerse, lo que reflejarán los Tratados de paz.

Por ello, si en los Tratados de Paz de 1919-1920 se previó que todos los Tratados bilaterales quedarían extinguidos, se precisaron ya los multilaterales que deberían ser aplicados o sometidos a condiciones particulares de aplicación. Y tras la Segunda Guerra Mundial, especialmente en el artículo 43 del Tratado de Paz con Italia, de 10 de febrero de 1947, se previó que los aliados comunicarían en un plazo de seis meses qué Tratados bilaterales deseaban mantener en vigor. El referido Tratado de Paz no contenía una cláusula general sobre los Tratados multilaterales.

Así, la guerra no es considerada hoy como causa extintiva de todos los Tratados, habiéndose extendido la práctica de insertar, en los Tratados de paz, disposiciones para regular la suerte de los Tratados estipulados por los beligerantes antes del inicio de la guerra, bien para abrogarlos, pero no por la guerra, “*ex tunc*”, sino solo por efecto del Tratado de paz, “*ex nunc*”, o bien para ponerlos de nuevo en vigor, lo que significa que tan sólo se

había suspendido su aplicación. Los Tratados de Alianza, asistencia mutua, de tráfico aéreo, etc., quedarán lógicamente terminados, mientras otros quedarán en suspenso por imposibilidad de cumplimiento. La Convención, no consideró la guerra como causa independiente de terminación de los Tratados por haber sido una cuestión discutidísima y porque incluyó otras causas, por ejemplo, el cambio de circunstancias e imposibilidad de cumplimiento, que surten los mismos efectos extintivos que la guerra y la subsumen.

4.3.- La nulidad de los Tratados.-

La nulidad es la ineficacia en un acto jurídico, como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma; o, como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera intrínseca en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado.

Se entiende que son nulos los actos jurídicos otorgados por personas incapaces a causa de su dependencia de una representación necesaria; los otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto o que dependieren de la autorización del juez o de un representante necesario; los otorgados por personas a quienes la ley prohíbe el ejercicio del acto de que se trate, y aquellos en que los agentes hubieren procedido con simulación o fraude presumido por la ley o cuando estuviere prohibido el objeto principal del acto, cuando no tuviere la forma exclusivamente ordenada por la ley o cuando dependiere para su validez de la forma instrumental y fueren nulos los respectivos instrumentos (...) ⁷¹

La noción de nulidad de los tratados ha penetrado en el ordenamiento jurídico internacional procedente del Derecho Privado Interno, en particular desde el ámbito del negocio jurídico. Pero esta recepción de la noción no deja de suscitar ciertos problemas, pues son distintos los regímenes de nulidad del negocio jurídico en los diversos sistemas nacionales; y, de otra parte, en estos sistemas nacionales la noción de

⁷¹ OSSORIO, op cit., págs.: 652-653.

nulidad, opera junto a otros supuestos de ineficacia del negocio jurídico (inexistencia, nulidad, anulabilidad, etc.), sin que exista coincidencia entre los diferentes sistemas nacionales sobre la exacta delimitación de cada uno de estos supuestos.

Pese a los intentos de llevar estas clasificaciones al ordenamiento internacional, buscando una más precisa delimitación de los diferentes tipos presentes en el orden interno, estas tentativas pueden considerarse como fallidas.

La estructura propia del sistema internacional, tanto en el plano de formación de las normas como en el de su aplicación, únicamente permite aceptar a un concepto general de nulidad.

En relación con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el resultado es el mismo, pues la Sección 2.^a de la Parte V alude genéricamente a la nulidad de los tratados, regulando distintos supuestos en sus artículos 46-53.

Por otra parte, en el artículo 69 de la misma Convención, se establecen también genéricamente las consecuencias de la nulidad de un tratado; ello sin perjuicio de que la alegación de una causa para impugnar la validez de un tratado, en cualquiera de los supuestos, queda sometida al mismo procedimiento en su fase inicial, como lo señala el artículo 65 de la citada Convención.

Se debe tratar de distinguir, teniendo como base en la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entre supuestos de nulidad y de anulabilidad.

Así, se ha sostenido que, a diferencia de los supuestos de nulidad absoluta, en las causas de anulabilidad, por el contrario, lo que se permite al Estado que las ha padecido, es alegarlas, y en caso de que no lo hiciera, el Tratado continúa produciendo sus efectos. Esta conclusión, inspirada, sin duda, en la distinción existente en Derecho Común, no tiene apoyo en el Convenio, pues sea cual sea la causa de nulidad alegada, el artículo 65 impone al Estado que la ha padecido, notificar a las demás partes su pretensión e iniciar el procedimiento apropiado.

También se ha tratado de distinguir entre nulidad absoluta y nulidad relativa, atendiendo a una eventual confirmación del Tratado nulo, admitida según el artículo 45 de la Convención respecto de ciertos supuestos (los de los artículos 46 al 50, con exclusión de los casos de coacción de “Jus cogens” de los artículos 51 al 53); posibilidad de confirmación que constituye la característica de la nulidad relativa.

Sin embargo, un examen de los trabajos preparatorios de la Convención, pone de relieve que se separan los supuestos de coacción por sus graves consecuencias en las relaciones internacionales, considerando que en tales supuestos, el consentimiento obtenido por coacción debe ser considerado como absolutamente nulo. Otro tanto se admite respecto de los casos de “Jus cogens”, dada la naturaleza de éste.

Por ello, no se quiso establecer ninguna distinción sustancial entre nulidad absoluta y relativa sino reforzar la protección que se otorga en los artículos 48 y 49 (actuales 51 y 52) a las víctimas de la coacción. En otro caso, se hubiera articulado un régimen distinto, llegado el momento de establecer las consecuencias de la nulidad y el procedimiento para su alegación.

Las distintas causas de nulidad de los Tratados, contempladas en Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son susceptibles de clasificaciones diversas.

Con una finalidad primordialmente expositiva, es posible reconducirlas a dos grandes apartados: las que presentan una dimensión subjetiva, vinculada a los vicios del consentimiento del Estado, y las causas objetivas que se refieren a la violación de normas de “Jus cogens”.

En el primer apartado se incluye el caso de violación de las disposiciones de Derecho Interno relativas a la competencia para celebrar Tratados (artículo 46); la restricción específica de los poderes del representante estatal para manifestar el consentimiento en obligarse (artículo 47); el error (artículo 48); el dolo (artículo 49); la corrupción del representante de un Estado (artículo 50); la coacción sobre un representante (artículo 51); la coacción sobre un Estado por la amenaza o uso de la fuerza.

De otra parte, las causas objetivas de nulidad de los Tratados, se regulan en los artículos 53 y 64 del Convenio. Los diferentes supuestos que comprenden ambas causas de nulidad, van a ser examinados a continuación de modo pormenorizado:

A) Los vicios de consentimiento del Estado:

a) Nulidad derivada de la violación de las disposiciones de Derecho Interno relativas a la competencia para celebrar Tratados. El sistema adoptado en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, restringe tal posibilidad de modo notable, ya que para que pueda alegarse la violación de una norma de Derecho Interno, como causa de nulidad, es preciso: 1.º) que tal violación sea manifiesta; es decir, que resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe; 2.º) que la violación afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno. En definitiva, atribuye a esta posibilidad un carácter excepcional.

b) Nulidad derivada del supuesto de restricción específica de los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse. La posibilidad, contemplada expresamente en el artículo 47 de la Convención, se refiere a los supuestos en los que el representante no facultado actúa para otorgar definitivamente el consentimiento de un Estado en obligarse. El citado artículo 47 determina que:

“Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada, con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores”.

El sistema adoptado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, restringe esta posibilidad de nulidad al supuesto de que el representante no autorizado suficientemente, fuera a manifestar, definitivamente, el consentimiento de su Estado y éste hubiera notificado formalmente a los demás Estados negociadores tal eventualidad. En los restantes casos, las restricciones específicas impuestas a los poderes de un representante, no modifican el consentimiento expresado por él. La raíz de esta técnica de solución persigue reforzar la seguridad jurídica en las relaciones convencionales internacionales, operando la causa de nulidad como excepcional.

c) Nulidad derivada de un supuesto de corrupción del representante de un Estado. El término “corrupción” debe entenderse como aquel conjunto de actos concebidos con el propósito de ejercer una influencia fundamental en la disposición del representante para concertar el Tratado. Es decir, debe determinarse claramente una relación de causa - efecto entre la actuación sobre el representante y el hecho de que éste haya manifestado su consentimiento en nombre de su Estado. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contempla esta posibilidad en su artículo 50, que dice:

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

El empleo de la expresión “directa o indirectamente por otro Estado negociador”, pretende proteger suficientemente los intereses de los Estados, ya que normalmente la corrupción no se realizará de forma abierta.

En todo caso, para que la corrupción pueda ser alegada como causa de nulidad, es necesario probar únicamente que dichos actos son imputables a otro Estado negociador, con independencia de las vías utilizadas.

d) Nulidad derivada de un supuesto de coacción sobre el representante de un Estado. Una de las primeras dificultades que surgen en este sector de problemas, es separar dónde termina la coacción sobre el representante y dónde comienza respecto al Estado, puesto que ambas pueden confundirse. Esta expresión desapareció en la redacción del definitivo artículo 51 de la Convención, que se refiere a la coacción ejercida sobre él. El término representante, debe ser entendido en su significado más amplio, esto es, no sólo con relación a la persona encargada de firmar, ratificar, aceptar o aprobar el Tratado, y el Estado que coacciona puede ser tanto otro Estado negociador, como un tercer Estado ajeno, en principio, a la negociación.

En cualquier caso, la fórmula utilizada, pretende incluir todas las formas de intimidación o violencia de que sea objeto el representante en cuanto persona, y no sólo como órgano de su Estado. Como puso de relieve la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la coacción comprende no sólo la amenaza contra su persona sino también contra su carrera, por la revelación de indiscreciones sobre su vida privada, y también las amenazas de perjudicar a un miembro de su familia. El artículo 51 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, previene expresamente que:

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

e) Nulidad derivada de un supuesto de coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza. La norma de referencia en este orden de cuestiones es el artículo 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual establece que:

“Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.”

Los comentarios que dicho texto suscita son los siguientes:

En primer lugar, se ha incluido la expresión: “principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”, en lugar de la frase principios de la Carta de las Naciones Unidas, que aparecía en el Proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Este cambio, intenta poner de relieve claramente que el artículo no es aplicable solamente a los Estados miembros de la ONU, sino que tiene carácter general por tratarse, la amenaza o el uso de la fuerza, de un principio constitucional del ordenamiento internacional.

En segundo término, el artículo 52 de la Convención, plantea problemas en relación al factor tiempo, desde dos perspectivas diferentes: en atención a una hipótesis retroactiva de dicho artículo, los Tratados celebrados antes del establecimiento del moderno Derecho relativo al uso de la fuerza; por otra parte, respecto a la fecha a partir de la cual debe considerarse que esta norma está en vigor.

Con arreglo al principio establecido en la sentencia arbitral del caso Isla de Palmas, todo “*acto jurídico debe apreciarse a la luz del derecho de la época*”⁷². Así pues, la retroactividad no es admisible y la norma de prohibición general de la amenaza o el uso de la fuerza es operativa respecto de los Tratados celebrados desde la entrada en vigor de la Carta de San Francisco, cuyo artículo 2.4 enuncia el Derecho Consuetudinario en la materia.

Por último, debemos decir que sólo el empleo lícito de la fuerza puede entrañar la nulidad de un Tratado, expresión que comprende tanto la fuerza material, como la amenaza económica, política o psicológica, como lo prueba la Declaración que, al efecto, se incluyó en el Acta Final de la Conferencia.

⁷² GONZALEZ, op cit., pág. 227.

f) Nulidad derivada de un supuesto error. El procedimiento de celebración de los Tratados Internacionales, posee unas características tales que hacen difícil la existencia de un error que afecte a cuestiones de fondo. No obstante, en algunos supuestos, fue alegado el error ante instancias internacionales.

La regulación final adoptada en el artículo 48 del Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, determina los requisitos mediante los cuales se podrá alegar el error como vicio del consentimiento. Tales requisitos son los siguientes: 1.º) que el error se refiera a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del Tratado; 2.º) que el error constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el Tratado; no se apreciará el error si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiese quedado advertido de la posibilidad de error. En suma, no se recogió la distinción existente en algunos ordenamientos nacionales entre error mutuo y error de una sola parte, sino que se aplica el mismo régimen jurídico para ambos supuestos.

g) Nulidad derivada de un supuesto de dolo. Cuando se planteó en la Comisión de Derecho Internacional la cuestión de un tratamiento separado del error y del dolo, la respuesta fue positiva, en el sentido de que el dolo no afecta únicamente al consentimiento de la otra parte en los términos del acuerdo, sino que destruye totalmente la base de la confianza recíproca entre las partes. Dada la diversidad existente en los ordenamientos acerca del concepto de dolo, se planteó también la Comisión la conveniencia de definirlo expresamente en el Derecho de los Tratados. Finalmente, se decidió utilizar un concepto amplio de dolo, para que fuera desarrollado y concretado posteriormente por la práctica y la jurisprudencia internacionales.

La fórmula utilizada en el artículo 49 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados determina que:

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

El texto citado requiere, no obstante, ciertas precisiones. Si tenemos en cuenta que la tipificación del dolo reside en una conducta fraudulenta, parece necesario insistir en su contenido. En el Informe de la Comisión a la Asamblea General, ya se indicaba que la expresión referida tiene por objeto comprender toda declaración falsa, toda representación inexacta de los hechos y otros procedimientos engañosos por los cuales se induzca a un Estado a manifestar en un Tratado un consentimiento que, de no ser así, no habría manifestado.

En suma, podemos concluir, afirmando que los elementos constitutivos del dolo, en cuanto causa de nulidad de un Tratado, serán los siguientes: primero, un elemento material consistente en una conducta fraudulenta, tal como falsas declaraciones, presentaciones inexactas de los hechos u otros procedimientos engañosos; segundo, un elemento psicológico: a saber, la intención o el propósito de equivocar a otro u otros negociadores; por último, un resultado: la maniobra fraudulenta induce a un error determinante en la emisión de la manifestación del consentimiento que, en otro caso, no se habría manifestado.

El dolo ha de ser, por tanto, esencial. Siempre que hay dolo hay error, pero no siempre que hay error se produce el dolo, siendo los efectos de este último más rigurosos jurídicamente que los del error.

B) Causas objetivas de nulidad. El “Jus cogens”.-

Nulidad derivada de la existencia de una norma imperativa del Derecho Internacional general. El supuesto de nulidad, como consecuencia de la existencia de una norma de “Jus cogens”, aparece regulado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual dispone que:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

En primer término, las normas de “Jus cogens”, no pueden asimilarse a los principios de Derecho Natural, puesto que no son inmutables, sino que pueden ser derogadas por nuevas normas de “Jus cogens” no preexistentes. En segundo término, parece claro que el concepto de “Jus cogens” fue introducido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas con el objeto de facilitar el acceso de los nuevos Estados al Derecho Internacional Consuetudinario. Finalmente, la norma del artículo 53, hace nulos los Tratados celebrados en contra de lo dispuesto por una norma de “Jus cogens” ya existente, pero no opera con efectos retroactivos, ya que en este supuesto habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 64 de la Convención:

“Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas de la nulidad de los Tratados, el régimen aplicable se localiza en los artículos 69 y 71 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En el artículo 69.1 se determina que:

“...es nulo todo tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la presente Convención. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica”.

Así pues, en este precepto, se abordan únicamente los efectos de la nulidad, pero sin afectar a la responsabilidad, ni a la reparación de los actos que den lugar a la

nulidad del Tratado. En este sentido, cabe señalar que en todas las causas que hemos examinado, la nulidad se produce antes, y no sólo a partir de la fecha en que se haya alegado la causa, a excepción del supuesto especial del artículo 64.

El problema puede plantearse cuando la causa de nulidad ha sido alegada tras haber actuado las partes de buena fe, conforme a lo dispuesto en el Tratado, como si éste fuera válido. Los actos ejecutados en este período, se acogen a la regulación del párrafo 2 del artículo 69, al tenor del cual:

“Si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado:

a) toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos;

b) los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado”.

No obstante, este régimen no será aplicado, obviamente, a los supuestos comprendidos en los artículos 49 a 52 con respecto a la parte a la que sean imputables el dolo, el acto de corrupción o la coacción. Estas mismas normas serán aplicadas en los convenios multilaterales.

Por su parte, el artículo 71 de la Convención, determina las consecuencias jurídicas de la nulidad, en el supuesto específico de que el Tratado esté en oposición a una norma de “Jus cogens”.

Las situaciones posibles son dos:

“a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de Derecho Internacional general; y,

b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de Derecho Internacional general.”

La segunda situación posible, es aquella en la cual un Tratado ha sido celebrado válidamente, pero con posterioridad a ese momento surge una norma de “Jus cogens” (supuesto contemplado anteriormente en el artículo. 64).

Tal hipótesis está regulada en el artículo 71.2:

“a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado;

b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán, en adelante, mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa del Derecho Internacional general.”

4.4.- La suspensión de los Tratados.-

(...) Detención de un acto, interrupción (...) ⁷³

Mientras que el efecto básico de la terminación consiste en que desaparece definitivamente la obligación de las partes de continuar cumpliendo el Tratado, produciéndose su extinción, la suspensión supone que el Tratado deja de producir efectos jurídicos durante un cierto tiempo, aunque continúe en vigor. Es decir, en este segundo supuesto, el Tratado continúa siendo válido, pero alguno o todos sus efectos se suspenden temporalmente entre todas o algunas de las partes intervinientes en el mismo. Entre los casos de suspensión regulados por el Convenio de Viena de 1969, tienen carácter autónomo los previstos en los artículos 57, 58, 61.1 y 62.3, mientras que los artículos 59 a 62 presentan supuestos alternativos de terminación y suspensión.

⁷³ OSSORIO, op cit., pág. 953.

La primera posibilidad de suspensión es la del artículo 57, a tenor del cual:

“La aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada:

a) conforme a las disposiciones del tratado; o,

b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes”.

Como puede observarse, el principio rector es el de la libre voluntad de las partes contratantes, quienes, al igual que ocurre en el caso de la terminación, pueden decidir la suspensión del Tratado con efectos globales o respecto a alguna parte en concreto. El paralelismo de este precepto con relación al artículo 54 es evidente, incluso por lo que se refiere a someter la suspensión no prevista inicialmente al consentimiento de todos los Estados contratantes.

No obstante, la suspensión de la aplicación de un Tratado multilateral entre alguno de los Estados partes en el mismo, puede producir un conjunto de relaciones complejas que exige una reglamentación cuidadosa. En este sentido, el artículo 58 del Convenio establece que:

“1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto suspender la aplicación de disposiciones del tratado temporalmente y sólo en sus relaciones mutuas:

a) si la posibilidad de tal suspensión está prevista por el tratado; o,

b) si tal suspensión no está prohibida por el tratado a condición de que:

i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y,

ii) no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

A diferencia de lo que sucede en el caso de la terminación, se admite la suspensión fraccionada entre ciertas partes de un Tratado multilateral. Naturalmente, se necesita un acuerdo expreso y el consentimiento implícito o explícito de las partes contratantes. Ahora bien, existe una diferencia esencial respecto del supuesto de terminación regulado en el artículo 54 y examinado anteriormente, ya que si para dar por terminado un tratado se exige el consentimiento de todos los Estados contratantes, la suspensión puede afectar únicamente a algunas y no a todas las partes en el mismo.

En cualquier caso, se observa el papel fundamental que juega el consentimiento de los Estados en este conjunto de procesos, a la hora de originar, modificar, suspender o extinguir obligaciones convencionales. A los fines de asegurar la posición de las demás partes, el artículo 58.2 establece que *“las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y las disposiciones del tratado cuya aplicación se propone suspender”*, cuando la suspensión se lleve a cabo solamente por algunas partes.

La tercera hipótesis de suspensión de los efectos del Tratado, se produce como consecuencia de la imposibilidad temporal de su cumplimiento, ya que ha quedado afectado un objeto indispensable en el mismo, con arreglo al artículo 61.1 de la Convención.

Finalmente, conforme al artículo 62.3, si una parte en un Tratado puede alegar un cambio fundamental en las circunstancias (cláusula Rebus sic stantibus), para dar por terminado un tratado o retirarse de él, en las condiciones y con las exigencias ya analizadas en los supuestos de terminación, podrá alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del Tratado.

B) Causas comunes de suspensión de la aplicación y de terminación de los Tratados.-

El segundo nivel de análisis se refiere a los supuestos en los cuales se regula conjuntamente la terminación y la suspensión de los tratados. En este orden de ideas, pueden resaltarse los siguientes:

a) Suspensión de la aplicación de un Tratado como consecuencia de la celebración de uno posterior sobre la misma materia. Ello es posible si “se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes” (artículo 59.2).

b) Suspensión de la aplicación de un Tratado como consecuencia de su violación grave. Esta hipótesis, que puede dar lugar también a la terminación del mismo, la estudiamos en esta parte.

Este principio está sólidamente asentado en la doctrina científica y en los distintos sistemas internos. En el plano internacional, se planteó el problema en el asunto de la desviación de las aguas del Mosa, cuando Bélgica alegó el derecho a suspender la aplicación de una de las cláusulas de un Tratado celebrado con Holanda, como consecuencia de la violación atribuida a Holanda de dicha cláusula. Aunque el Tribunal no entró en el problema de fondo, el juez Anzilotti manifestó, en su opinión disidente, que el principio alegado por Bélgica “*es tan justo y equitativo y está reconocido de modo tan universal que debe aplicarse también en las relaciones internacionales*”.⁷⁴

En el artículo 60.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se determina que constituirá violación grave de un Tratado:

- “a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o,
- b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto del fin del tratado.”

Cuando exista violación grave de un Tratado bilateral por una de las partes, se facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para darlo por terminado o para suspender su aplicación total o parcialmente (artículo 60.1).

Por el contrario, si se produce una violación grave de un Tratado multilateral, caben las siguientes hipótesis: 1.^a) que mediante un acuerdo unánime de las restantes partes se suspenda total o parcialmente la aplicación del Tratado o se dé por terminado, ya sea en las

⁷⁴ GONZALEZ, Julio y otros, “Curso de Derecho Internacional Público”, pág. 238

relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación o entre todas las partes en el mismo; 2.^a) que la parte especialmente perjudicada por la violación, suspenda total o parcialmente la aplicación del Tratado entre ella y el Estado autor de la violación; y, 3.^a) que cualquier parte afectada alegue la violación como causa de suspensión total o parcial del Tratado respecto a sí misma si el Tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte, modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones (artículo 60.2).

Cabe subrayar, respecto a las reglas enunciadas, que la solución tiene un contenido lógico respecto a los Tratados bilaterales, puesto que la parte que ha sufrido la violación grave del Tratado, puede optar entre darlo por terminado o suspenderlo, simplemente. Por lo que se refiere a los convenios multilaterales, las posibilidades de suspensión en favor de la parte o partes perjudicadas es total, en tanto que la terminación exige acuerdo unánime de los Estados contratantes, regla que es coherente respecto al principio general de terminación contenido en el artículo 54, comentado anteriormente.

Por último, la redacción final del artículo 60 acepta la afirmación en el sentido de que la violación de un Tratado, por grave que sea, no pone término “ipso facto” al tratado, sino que reconoce el derecho de la parte a invocar tal violación para ponerle término o suspender su aplicación.

C) Consecuencias de la suspensión de la aplicación.-

Una vez determinadas las causas para la suspensión de la aplicación del Tratado, que recoge la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados con carácter autónomo o con carácter asimilado a los supuestos de terminación, han de determinarse las consecuencias jurídicas que tal suspensión lleva consigo.

La característica básica de la suspensión reside en que el Tratado no se ha extinguido, sino que permanece en vigor. Lo que sucede es que algunas de sus cláusulas o todas ellas se dejan sin aplicación durante un cierto período de tiempo.

El artículo 72 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es el precepto de referencia obligada en esta materia. Como puede observarse, dicho artículo es paralelo en sus términos al 70, en el que se determinaban las consecuencias de la terminación de los Tratados, si bien se han hecho las adaptaciones necesarias a las peculiaridades de la suspensión.

Siguiendo la técnica general adoptada en Viena, el artículo 72, evita los problemas de responsabilidad de los Estados, aludiendo exclusivamente a las consecuencias de la suspensión.

Dichas consecuencias son las siguientes:

a) El principio de base es que las reglas establecidas en el Convenio operan en defecto del acuerdo expreso de las partes, quienes pueden establecer consecuencias específicas en el propio texto.

b) En defecto de disposición expresa, la consecuencia más importante radica en que “se eximirá a las partes, entre las que se suspenda la aplicación del Tratado, de la obligación de cumplirlo en sus relaciones mutuas durante el período de suspensión” Art. 72.1.a.).

c) La suspensión no afectará de otro modo a las relaciones jurídicas que el Tratado haya establecido entre las partes (artículo 71.1.b)). Resulta evidente que si se trata de una suspensión parcial del Tratado, los preceptos no afectados continúan desplegando sus efectos de forma plena. Igualmente, la suspensión de la aplicación de determinadas cláusulas convencionales, no afecta a las relaciones jurídicas anteriores existentes entre los Estados partes.

d) Por último, se impone a las partes una determinada conducta, una obligación de comportamiento, ya que durante el período de suspensión, las partes deberán abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación del Tratado (artículo 72.2). En otros términos, tal regla traduce la idea de que durante el período de suspensión de la aplicación de un Tratado, existe una cierta vocación de éste por continuar su vida normal, una vez que las

causas de suspensión hayan desaparecido y las partes afectadas así lo estimen conveniente. La obligación que acabamos de enunciar, es propia del concepto de suspensión y se impone a las partes por la misma obligación de ejecutar el Tratado de buena fe que contraen en virtud de la regla “Pacta sunt servanda”.