

.....

manifestaron su consentimiento con la existencia del tratado en cuestión.

Para efectos del desarrollo de este análisis, partiremos de la idea ventilada por la lectura del ya citado artículo 2,1,a) de la Convención de Viena. De esa manera, los Estados y su consentimiento se presentan, entonces, como elementos claves y esenciales de ese estudio. Ningún acto en el derecho internacional público tendrá validez sin el consentimiento debido por parte de los Estados.

Para fomentar ese debate, la CDI ha dedicado siete párrafos de su informe de 2004 (338, 339, 340, 341, 342, 343 y 344):

“338. Para el examen del tema, el Grupo de Estudio se basó en un esquema y una presentación oral del Sr. Riad Daoudi. En el esquema se estudiaba, entre otras cosas, el contexto en que se aplicaba un acuerdo inter se a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Convención de Viena lo que daba lugar a dos tipos de relaciones jurídicas: unas relaciones “generales” aplicables a todas las partes en el tratado multilateral y unas relaciones “especiales” aplicables a dos o más partes en el acuerdo inter se. El acuerdo inter se, pues, modifica la aplicación del tratado original sin enmendarlo. La relación entre el acuerdo general y el particular es análoga a la que existe entre la lex generalis y la lex specialis.

339. La idea principal del artículo 41 era permitir los acuerdos inter se pero asegurándose de que se preservaba la coherencia del tratado original. Las condiciones para celebrar un acuerdo inter se eran, en particular: a) la preservación de los derechos e intereses de las partes en el tratado multilateral original (véase, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar); b) la no imposición de obligaciones o cargas adicionales a las partes en el acuerdo multilateral; y c) la preservación del objeto y el fin del tratado multilateral. Había, además, condiciones relativas a la notificación del acuerdo inter se a las demás partes y a su reacción al acuerdo.

340. En lo que se refiere a la incompatibilidad con el objeto y fin del tratado (art. 41, párr. 1b) ii)), la situación con respecto a un acuerdo inter se no parecía ser diferente de las normas aplicables en materia de reserva. Se sugirió que sería útil un criterio objetivo para determinar la admisibilidad de un acuerdo inter se. La modificación no era problemática en el caso de los tratados que establecían obligaciones

recíprocas, es decir, cuando el tratado consistía fundamentalmente en una red de relaciones bilaterales (por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, de 1963). La potestad de modificación era limitada con respecto a los tratados que enunciaban obligaciones interdependientes, y absolutas.

341. En el esquema se examinaba también la cuestión de las sanciones que entrañaba la violación del tratado multilateral por las partes en un acuerdo inter se. El texto del artículo 41 dejaba abierta dos cuestiones: el efecto jurídico de una infracción del párrafo 1 que constituyese una violación grave, y el efecto jurídico de una objeción formulada después de que se hubiera hecho la notificación a que se refiere el párrafo 2 del artículo 41. El artículo 60 de la Convención de Viena establece las condiciones de la reacción a una violación grave por las partes sin definir lo que constituye “violación grave”. Las normas sobre la responsabilidad del Estado se aplicarían al supuesto de la violación del tratado original por el acuerdo inter se.

342. El Grupo de Estudio señaló que el artículo 41 reflejaba la comprensible necesidad de que las partes permitiesen el desarrollo de la aplicación de un tratado mediante un acuerdo inter se. La relación entre el tratado original y el acuerdo inter se se podía concebirse a veces como la existente entre un estándar mínimo y el ulterior de éste. Por consiguiente, no planteaba normalmente dificultades atribuibles a la fragmentación. Las condiciones de admisibilidad de los acuerdos inter se tenían en cuenta los principios generales de derecho de los tratados tendentes a salvaguardar la integridad del tratado. Sin embargo, se señaló también que las condiciones de los acuerdos inter se no siempre guardaban relación con la naturaleza de una disposición del mismo (art. 41, párr. 1 b) ii)). Las consecuencias de los acuerdos inter se inadmisibles no estaban reguladas expresamente en el artículo 41 y debían ser analizadas más a fondo.

343. Se pusieron de relieve las diferencias semánticas entre modificación, enmienda y revisión en la aplicación del artículo 41. Aunque eran expresiones técnicamente diferentes, esas diferencias no siempre estaban claramente definidas. Una modificación, por ejemplo, a veces podía interpretarse como una propuesta de enmienda. Se sugirió que se prestara alguna atención a ello en la continuación del estudio. Se

indicó asimismo que quizá fuera útil examinar la relación entre los diferentes principios de coherencia, en particular las relaciones entre el artículo 30 (acuerdos sucesivos), el artículo 41 (modificación inter se) y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas (primacía de las obligaciones de la Carta).

344. También se consideró útil estudiar más detenidamente el papel de la “notificación” de los acuerdos inter se podía desempeñar en la práctica para reducir los casos de fragmentación. De ser posible, habría que examinar la práctica de la notificación a otros Estados y de la reacción de otros Estados a esas notificaciones.

(...) “

El Profesor Manuel Diez de Velasco afirma que la enmienda y la modificación de un tratado internacional son *problemas de especial trascendencia, ya que no son de simple interpretación o aplicación de los Tratados, sino que afectan a su letra y su espíritu*. Agrega, además, que anteriormente a la Convención de Viena, la terminología aplicada era la de *revisión* y estaba prevista en el artículo 19 del Pacto de la Sociedad de Naciones: “*La Asamblea podrá, en cualquier tiempo, invitar a los miembros de la Sociedad a proceder a un nuevo examen de los Tratados que se hubieron hecho inaplicables, así como de las situaciones internacionales, cuyo mantenimiento podía poner en peligro la paz del mundo.*”⁶

El Profesor José Pastor Ridruejo, fundamentándose en el régimen de la Convención de Viena, conceptualiza a la enmienda como *el cambio en alguna o algunas disposiciones del tratado que afecta a todos los Estados partes* y se refiere a la modificación como *un acuerdo celebrado únicamente entre algunas de las partes para modificar el tratado*.⁷

El Profesor Antonio Remiro Brotons, a la luz de la Convención de Viena, sustenta que las enmiendas abarcan *todos los cambios introducidos en las cláusulas de un tratado, sea cual sea su número y calidad, potencialmente extensibles a todas las partes en él*, en cuanto que la modificación *hace referencia al acuerdo celebrado entre algunas – no todas – las partes del tratado con el fin de alterar en sus relaciones recíprocas el régimen establecido por éste, presentando, por tanto, un alcance subjetivo limitado*.⁸

La Parte IV de la Convención de Viena trata justamente de la enmienda y modificación de los tratados. Su artículo 39 trata de la norma general concerniente a la enmienda de los tratados y establece como requisito esencial para que ella ocurra el acuerdo entre las partes. Además, la enmienda será concretizada a través del mismo procedimiento utilizado en la

celebración de los tratados y de su entrada en vigencia. Por eso la remisión del artículo 39 a la Parte II de la Convención de Viena⁹. La necesidad del acuerdo entre las partes para la materialización de las enmiendas es una clara demostración de la condición vital del consentimiento de los Estados en el derecho de los tratados.

El artículo 40 de la Convención de Viena es el que presenta las reglas específicas para una enmienda a los tratados multilaterales, desde que no haya ninguna regulación en el tratado en cuestión. Así, ante la inexistencia de una indicación expresa, todos los Estados contratantes habrán de ser notificados de la propuesta de enmienda y podrán participar en la decisión sobre las medidas a ser adoptadas con relación a tal propuesta y en la negociación y la celebración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado. Así mismo, todo Estado facultado para llegar a ser parte en el tratado original estará también facultado para llegar a ser parte en la forma enmendada de ese tratado. El Profesor Diez de Velasco, con relación a la obligatoriedad del Acuerdo anterior, sin enmiendas, y del nuevo Acuerdo, con enmiendas, hace tres distinciones a la luz del artículo 40:

“i) *Aquellos Estados que sean partes en el Acuerdo no enmendado, o principal, pero que no den su consentimiento en obligarse en el nuevo Acuerdo, seguirán rigiéndose en sus relaciones mutuas por el Acuerdo primitivo.*

ii) *Aquellos Estados que sean partes en el Acuerdo no enmendado, o principal, y además den su consentimiento en obligarse por el nuevo Acuerdo, se regirán en sus relaciones mutuas por el Acuerdo en su forma enmendada y en sus relaciones con los que no hayan dado su consentimiento por el Acuerdo en su forma original.*

iii) *Aquellos Estados que lleguen a ser Partes en el Acuerdo después de la entrada en vigor de la enmienda se regirán por el Acuerdo en su forma enmendada, salvo en sus relaciones con los Estados que no hayan aceptado la enmienda, con que se regirán por el Acuerdo en su forma original.*”¹⁰

El párrafo 338 del Informe de la CDI/2004, en su última línea, afirma que la relación entre el *acuerdo general* y el *particular* es análoga a la que existe entre la *lex generalis* y la *lex specialis*, pues el acuerdo *inter se* modifica la aplicación del tratado original sin enmendarlo. Sobre la relación entre la *lex generalis* y la *lex specialis*, me permito hacer una remisión al párrafo 308 de la Parte IV de ese mismo Informe, en la cual el Presidente de la CDI presentaba sus puntos de destaque

al estudio acerca de la función y el alcance de la norma *lex expecialis*:

“308. Quinto, el Presidente señaló que había dos maneras en que el derecho tenía en cuenta la relación de una norma particular con una general. En el primer caso, la norma especial podía verse como una aplicación, profundización o actualización de una norma general. En el segundo, la norma especial se consideraba, por el contrario, como una modificación, reformulación o exclusión de la norma general (por ejemplo, la *lex specialis* es una excepción a la norma general). El Presidente insistió en que a menudo era imposible decir si una norma debía considerarse como “aplicación” o como “exclusión” de otra norma. En alguna medida esta distinción -y con ello la distinción entre la *lex specialis* como norma de interpretación y como norma de conflicto- era artificial. Ambos aspectos eran por tanto pertinentes en el estudio de la *lex specialis*. El Presidente hizo hincapié en que incluso en las situaciones en que la norma se utilizaba como técnica de solución de los conflictos, no extinguía en su totalidad la disposición jurídica general que quedaba excluida en el momento de su aplicación, pues ésta se mantendría “en un segundo plano” y afectaría a la interpretación de aquélla.”¹¹

Con relación al artículo 41 de la Convención de Viena, el objetivo analítico de este comentario, destácase su concepción acerca de la modificación de los tratados multilaterales, que está permitida mientras consista en la celebración de acuerdos para modificar a los tratados multilaterales celebrados únicamente entre algunas de las partes. Para tanto, en el párrafo 1, apartados a y b, del mismo artículo 41, está condicionada esa posibilidad a los hechos de que ya esté ella prevista en el tratado o en caso de que no haya prohibición de dicha modificación, ella no “afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto”.¹² Su párrafo 2 destaca una importante salvedad y es que “en caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga”. Claro está que con esas normativas la Convención de Viena trata de preservar el consentimiento originario de los Estados partes del momento de la celebración del tratado y que cualquier

alteración que venga, por ventura, a ser llevada a cabo en el cuerpo del tratado *a posteriori*, independiente del número de Estados involucrados en la modificación, deberá pasar por el criba de todos los Estados partes en dicho tratado.

Así, en consonancia con lo mencionado en el párrafo anterior, concuerdo con el contenido del párrafo 339 del informe de la CDI/2004, subrayando que es cierto que las tres condiciones para celebrar un acuerdo *inter se* - (a) la preservación de los derechos e intereses de las partes en el tratado multilateral original; b) la no imposición de obligaciones o cargas adicionales a las partes en el acuerdo multilateral; y c) la preservación del objeto y el fin del tratado multilateral) - se hacen presentes para posibilitar su existencia, asegurándose la preservación de la coherencia del tratado original y, de ese modo, garantizando el *Pacta Sunt Servanda*.

El Informe, en su párrafo 340, hace referencia a que cuando se trata de un acuerdo *inter se*, la temática involucrando incompatibilidad con el objeto y fin del tratado es similar con la normativa aplicable en el caso de las reservas. La Convención de Viena 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 al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.¹³ La reglamentación de las reservas se ubica en la sección segunda de la misma Convención de Viena, en cuyo artículo 19, apartado c, está estipulada la prohibición de formular reservas en caso de que esas sean incompatibles con el objeto y fin del tratado.

La Profesora Rosa Riquelme Cortado alerta para el hecho de que lo que hace la Convención de Viena en lo tocante a la necesidad imperativa de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado es repetir el principio afirmado por la Corte Internacional de Justicia en su dictamen de 1951 sobre las *Reservas a la Convención de genocidio*. En ese dictamen la CIJ “desterró el principio de aceptación unánime de las reservas en aras de primar la universalidad de los tratados multilaterales generales, pero tratando de preservar su integridad mediante la imposición de un límite general a la facultad de formular reservas, su compatibilidad con el objeto y fin del tratado, con su esencia, su razón de ser.”¹⁴

En lo tocante a la limitación de la modificación con respecto a los tratados que ventilaban obligaciones interdependientes y absolutas, pienso que en esos casos es prácticamente imposible formular reservas y/o modificaciones en los tratados multilaterales sin que esas vayan en contra del objeto y fin de dichos tratados. Por ejemplo, el cumplimiento de las normas de los

tratados de derechos humanos exige un comportamiento *erga omnes* por medio de todos los Estados parte en ese tratado, o sea, con relación a todas las partes en el Tratado. Creo, por lo tanto, que formular reservas y/o modificaciones a los tratados de derechos humanos, o a un tratado de cualquier una de las tres ramas de la protección internacional de la persona humana (derecho humanitario, derecho de los refugiados y derechos humanos), es contrario a su objeto y fin por la propia naturaleza de esas ramas del derecho internacional.

Diferente es el caso, como el propio Informe menciona, en aquellos tratados establecedores de obligaciones recíprocas, esencialmente, en el caso de los tratados bilaterales. En dichos tratados las modificaciones no son problemáticas pues el asunto concierne exclusivamente a las partes implicadas, o sea, es un tema de *res inter alios acta*.

Los párrafos 341, 342 y 343 dedican parte de su análisis a la sensible discusión de las sanciones en caso de violación de un tratado multilateral y de la posibilidad de un mayor desarrollo de la aplicación de un tratado mediante un acuerdo *inter se*. Pienso que en ese punto la CDI trata de averiguar y buscar subsidios acerca de la violación al objeto y fin del tratado como una violación grave, a partir de las condiciones impuestas por el artículo 60 de la Convención de Viena para el establecimiento de esa condición.

Más allá de lo estipulado en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el concepto de violación grave, recurriremos al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional - CDI - de las Naciones Unidas¹⁵, para entender lo que viene a ser una violación grave. El artículo 40, párrafos 1 y 2, del Proyecto de Artículos es el que busca definir violación grave:

“Artículo 40 – Aplicación de este capítulo:

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.
2. *La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.”*

Dicho artículo 40 del Proyecto mencionado en el párrafo anterior establece, entonces, dos criterios para distinguir las violaciones graves de otros tipos de violaciones: la obligación violada tiene que ser de una

norma imperativa de derecho internacional general y haber sido de carácter grave. Aunque este Proyecto no es todavía una realidad, los conceptos en él contenidos sirven de parámetros de aplicación en el derecho internacional y nos dan una muestra segura del entendimiento conceptual de muchas definiciones propias del campo de la responsabilidad internacional del Estado.

La lectura del artículo 60 de la Convención de Viena es clara al afirmar que *un rechazo del tratado no admitido por la Convención y la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado* constituyen violación grave de un tratado. De ahí podrían ocasionar la terminación o la suspensión de un tratado de acuerdo a lo estipulado en ese artículo. Sin embargo, si el acuerdo *inter se* viola gravemente el tratado original que resguardaba una norma imperativa de derecho internacional general, es de nuestra opinión que nada impide que recaigan sobre los Estados celebrantes de dicho acuerdo las normas guardianas de la responsabilidad internacional. Los acuerdos *inter se* deben obedecer, conforme dice el párrafo 342 del Informe, los principios generales del derecho de los tratados para que el tratado original en cuestión esté salvaguardado en su integridad.

La relación que enmarca tanto a los derechos y deberes de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia, como a los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre únicamente algunas de las partes, deberá acontecer a la luz de las normas y principios del derecho internacional general, incluyendo ahí la observación cabal del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, la primacía de las normas y principios de la Carta de San Francisco sobre cualquier otro tratado internacional ratificado por un Estado miembro de la ONU cuyas normas estén en conflicto con las obligaciones de ésta.

Finalizo concordando expresamente con el párrafo 344 del Informe. La notificación de los acuerdos *inter se* es un importante medio para reducir los casos de fragmentación. Al notificar a las demás partes interesadas su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado, conforme lo estipulado en el artículo 41, párrafo 2 de la Convención de Viena, las partes involucradas en el acuerdo *inter se* darán a conocer su intención de llevar a cabo un acuerdo entre ellas únicamente, lo cual permitirá a los otros Estados partes en el tratado manifestar o no su acuerdo en ello, lanzar o no comentarios a respecto, hechos por los cuales se evitarían muchos conflictos normativos y casos de fragmentación en los tratados multilaterales.

NOTAS

1. REMIRO BROTONS, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, p.181.
2. “En efecto, en la medida en que la subjetividad internacional ha ido dejando de ser considerada como una pertenencia de la soberanía para ser concebida como un procedimiento de atribución de derechos y obligaciones dentro de un ordenamiento jurídico determinado, la sociedad internacional se ha abierto a otros sujetos que, como advirtió la CIJ en su opinión relativa a las Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las UN (1949), no necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza y estatuto.” en Antonio Remiro Brotons y otros, *op. cit.*, p. 41.
3. REMIRO BROTONS, Antonio y otros, *op. cit.*, p. 188.
4. Con la evolución, consolidación y legitimación de la normativa de protección internacional de la persona humana no cabe más dudas acerca de la subjetividad internacional del individuo. Sobre ese tema consultar dos importantes obras del Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade: *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002 y *Tratado Internacional de Derechos Humanos*, Tomos I, II y III, Porto Alegre: Fabris, 2001, 2002 y 2003, respectivamente.
5. En el ámbito de aplicación del Principio *Rebus sic Stantibus* muchos doctrinadores sostienen la llamada Teoría de la Imprevisión, es decir, la observación del equilibrio económico y financiero. Ese principio puede ser invocado para poner fin a un tratado bilateral, para el receso de un tratado multilateral o para la parte interesada suspender la vigencia del tratado.
6. DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 14ª edición, 2004, pp. 188-189.
7. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: UCM, 2ª edición, 1983, p. 141.
8. REMIRO BROTONS, Antonio, *op. cit.*, p. 269.
9. La Parte II de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados trata de la celebración y entrada en vigor de los Tratados.
10. DIEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit.*, p. 190.
11. Informe disponible en la página Web de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, a través de la dirección electrónica www.un.org/law/ilc/reports/2004/2004report.htm. Esa página electrónica fue accesada en 20.2.2005.
12. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 41, párrafo 1, apartado b, numerales I y II.
13. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 2, párrafo 1, apartado d.
14. RIQUELME CORTADO, Rosa, *Las Reservas a los Tratados. Lagunas y ambigüedades*, Murcia: UM, 2004, p. 137.
15. Proyecto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 9 de agosto de 2001.