

# Gattās Abugattās: La Convención de Viena y los Desafíos del Derecho de los Tratados

**Gattās Abugattās.** Doctor en Derecho y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Diplomacia y Relaciones Internacionales por la Escuela Diplomática de España. Especialista en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Profesor Ordinario Principal del Departamento Académico de Derecho de Derecho de la PUCP. Director de la Escuela de Derecho PUCP. Miembro de la International Law Association, de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI - PUCP), de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional y de la Asociación Peruana de Estudios Internacionales. Ha sido Asesor Principal de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República del Perú y profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Academia Diplomática del Perú. Ha dictado clases, como profesor invitado, en la Universidad de Salamanca (España).

1. **La Convención de Viena de 1969 ha marcado un antes y un después en el Derecho de los tratados a nivel universal, ¿por qué considera que se adoptó a dicha Convención como referencia para la celebración y aplicación de tratados posteriores?**

Sin duda, la Convención de Viena ha marcado un antes y después, aunque no es el primer intento codificador; tenemos, por ejemplo, la Convención de la Habana, de 1928, que regulaba el Derecho de los tratados y, además, la Universidad de Harvard preparó un proyecto para regular el Derecho de los tratados, publicado en 1935. ¿Por qué se marca un antes y un después? Porque después de la Segunda Guerra Mundial, se establece en la Carta de la ONU que uno de los mecanismos para lograr la paz mundial es la seguridad jurídica; y para lograr esa seguridad jurídica, se necesitaba codificar el Derecho internacional y generar su desarrollo progresivo.

Entonces, si se iba a codificar el Derecho internacional a través de tratados escritos, por lógica, era necesaria una norma escrita que regule todo lo relativo a los tratados y que fomente la celebración de acuerdos escritos.

La Convención es, en sí misma, la codificación de una parte del Derecho de los tratados existente en la fecha de su adopción y el instrumento que recoge el desarrollo progresivo que la Comisión de Derecho Internacional hizo sobre el tema. Entonces, la propia Convención de Viena no solo refleja la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional, sino que también ayuda a la codificación y al desarrollo progresivo del Derecho internacional.

En esta línea, la Convención se toma como referencia porque en ella se han puesto por escrito, al margen de cualquier duda, las reglas sobre la celebración, aplicación, interpretación, terminación, etc., de los tratados. Así, no sólo es útil para los Estados parte de ella, sino que también puede ser empleada por los Estados que sólo están obligados por la costumbre internacional que ella recoge, en la medida en que en la Convención encuentran escrita esa costumbre que les es obligatoria.

**2. El paso del tiempo ha traído desafíos en materia de interpretación de los tratados, ¿hasta qué punto la interpretación evolutiva puede aplicarse sin contradecir la voluntad original de los Estados parte, especialmente en tratados de larga duración como los de derechos humanos o medioambientales?**

No se puede. Desde mi punto de vista, la interpretación evolutiva es muy peligrosa y es técnicamente incorrecta por varias razones. La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados recoge una regla clara de interpretación, también obligatoria por costumbre internacional y, dentro de ella, le da un valor importante a la

literalidad del tratado: lo que se dice en el tratado, el sentido corriente de los términos del tratado. La interpretación evolutiva quiebra esto.

Quienes defienden la interpretación evolutiva, afirman que es una forma de ‘mantener vivo’ al tratado, de adecuarlo a los cambios producidos por el paso del tiempo. Pero, en realidad, para conseguir ese objetivo, lo que hay que hacer es modificarlo o enmendarlo. O, por último, celebrar un protocolo adicional que lo complementa. Porque el tratado, que tiene una base convencional, el acuerdo de las partes, debe entenderse como ‘letra escrita en piedra’.

También se argumenta que hay reglas ‘especiales’ de interpretación en algunas subáreas del Derecho internacional como, por ejemplo, en los derechos humanos. Sin embargo, yo creo que la interpretación evolutiva, en este caso, tampoco se adecúa a esas reglas ‘especiales’. Por ejemplo, la interpretación *pro homine*. Esta interpretación implica que entre dos o más interpretaciones posibles, yo escojo la que es más favorable. No significa inventar una alternativa interpretativa que sea más favorable. Menos aún con la intención de reconocer un nuevo derecho y, además, de sancionar a un Estado por violarlo, pese a que dicho Estado nunca reconoció ese derecho.

Otro problema es que las reglas ‘especiales’ de interpretación de tratados de derechos humanos no pueden contradecir a las reglas generales de interpretación. Algunos dirán que sí, porque son normas ‘especiales’. Sin embargo, en realidad, son medios de interpretación ‘complementarios’ a la regla general de interpretación.

Entonces, ¿dónde radica el peligro de la interpretación evolutiva? Para mí, en que, por intentar proteger más, vía interpretación evolutiva, lo que se está generando es un cuestionamiento constante a los sistemas de protección de derechos humanos. Una muestra es el Perú, donde constantemente se habla de la posibilidad de denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos. Entonces, a veces, por intentar proteger más o mejor, o reconocer derechos más rápido de lo que normalmente se haría, se recurren a métodos, como el de la interpretación evolutiva, que son técnicamente incorrectos y peligrosos en tanto que generan que muchos tengan cierto resentimiento frente al sistema de protección de derechos.

Existen otros mecanismos para adecuar las normas a la realidad actual, como modificarlas, enmendarlas o hacer protocolos adicionales. ¿Son mecanismos más complejos?, sin duda. ¿Y hasta que se materialicen, los derechos que se quieren proteger estarán desprotegidos?, esa también es una realidad. Pero, a veces, es mejor ir 'lento y seguro', para garantizar un resultado duradero en el tiempo, que intentar esquivar estos caminos, para garantizar protecciones rápidas, pero que pueden ser efímeras.

Hay que recordar, por ejemplo, en el caso de los derechos humanos, que su reconocimiento, además de progresivo, implica una transformación social. Implica que la sociedad se dé cuenta de la existencia del derecho y quiera reconocerlo y protegerlo. Entonces, si no se hace ese trabajo previo, cualquier 'proclamación' de derechos que no cuente con respal-

do social, va a ser efímera, porque el día en que cambien las personas encargadas de la protección de esos derechos, se podrá modificar cualquier interpretación hecha para garantizar o proteger el nuevo derecho creado y, además, esas nuevas personas sí tendrán respaldo social.

### **2.1. Y, de manera independiente al área de los derechos humanos, ¿cómo podría abordarse la interpretación evolutiva con tratados adoptados en ciertos contextos donde no se preveían consecuencias posteriores, por ejemplo, la CONVEMAR y la elevación del nivel del mar por el cambio climático?**

Lo que se tiene que hacer es modificar o enmendar los tratados, celebrar protocolos adicionales o acuerdos complementarios, que aborden esas nuevas problemáticas, porque los tratados son 'letra escrita en piedra', son muy parecidos a los contratos. Esto no significa que los tratados no se puedan interpretar, pero la interpretación debe hacerse de acuerdo con las reglas de interpretación establecidas en la costumbre internacional y recogidas en la Convención de Viena.

Un ejemplo, volviendo al tema de los derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, pero no los desarrolla; entonces, se celebró un protocolo adicional sobre la materia. Lo mismo puede hacerse en las demás materias: Derecho del mar, Derecho comercial internacional, etc.

### **2.2. ¿Las reglas complementarias de interpretación estarían al mismo nivel de las reglas generales que contempla la Convención de Viena?**

No se trata de niveles; la propia Convención hace referencia a los medios complementarios de interpretación. De lo que se trata es de determinar cuáles son esos medios complementarios y cuándo se pueden utilizar. Si en una determinada materia existen medios complementarios de interpretación, se pueden emplear para confirmar o aclarar el resultado del procedimiento de interpretación realizado, pero no para tergiversar el resultado obtenido de la aplicación de la regla general de interpretación recogida en el artículo 31 de la Convención.

**3. El artículo 31.3 de la Convención de Viena se refiere a algunos elementos a considerar junto al contexto del tratado para su interpretación. ¿Considera usted que dicho inciso constituye un mecanismo adaptativo para la conservación de los tratados? ¿Podrían modificar las obligaciones originalmente consentidas por los Estados?**

Lo que establece el artículo 31.3 no puede utilizarse para cambiar las obligaciones contraídas por los Estados, sino, más bien, para precisar cuáles son. La labor interpretativa no es la de cambiar el contenido u obligaciones en un tratado, sino la de precisar el contenido o los alcances del contenido de un tratado. Eso es lo que se hace cuando se interpreta.

Este artículo plantea la posibilidad de recurrir a los acuerdos posteriores entre las partes sobre cómo se debe interpretar o aplicar un tratado. Las partes no buscan cambiar las obligaciones, sino precisarlas. Las partes se enfrentan a una ambigüedad en el sentido o a una duda sobre la forma de aplicación de una disposición y, por

ello, acuerda una interpretación o una forma de aplicación. No es que acuerden algo así como: 'lo vamos a cambiar', sino: 'lo vamos a entender así'.

También es importante destacar que el artículo 31.3, literal a, se refiere a un acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o de la aplicación de las disposiciones de un tratado; por lo que dicho acuerdo no debe confundirse con otros tipos de acuerdos como, por ejemplo, los protocolos adicionales. Entonces, un protocolo adicional, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tiene un rol complementario al desarrollar cuáles son los derechos a los que se refiere genéricamente un artículo específico de dicha Convención, no es lo mismo que un acuerdo referido a la forma en la que se va a interpretar o se va a aplicar una determinada disposición de esa Convención. Ahora bien, en la práctica tampoco se puede descartar que los Estados parte de un tratado utilicen un protocolo adicional como instrumento para recoger un acuerdo sobre la interpretación o la aplicación de las disposiciones de un tratado, aunque, claro está, teóricamente y por definición no sería el instrumento ideal.

Luego, el literal b hace referencia a la práctica posterior de los Estados seguida en la aplicación del tratado por la que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. Puede ocurrir que un tratado genere una duda interpretativa y que los Estados no se sienten a firmar un acuerdo expreso sobre cómo interpretarlo; pero, sí puede ocurrir

que un determinado Estado lo interprete y aplique de determinada manera, sin reclamos por parte de los otros Estados. Después, otro Estado lo interpreta en el mismo sentido. Paulatinamente, se va interpretando de esa forma. Entonces, esa práctica evidenciaría que hay cierto acuerdo sobre cómo se debe interpretar, pese a que no hay un pacto expreso. Esa es la práctica ulterior.

Y finalmente, el literal c establece la posibilidad de acudir a otras normas de Derecho internacional pertinentes que sean aplicables entre las partes. Por ejemplo, si frente a un acuerdo comercial tenemos una duda sobre cómo interpretar determinada disposición, y los dos o más Estados involucrados son miembros de la OMC, podrían válidamente apoyarse en las normas vinculantes de la OMC para resolver dicha duda interpretativa.

Ahora bien, en los tres casos, lo que se hace es interpretar, es decir, precisar el contenido, el alcance o la forma de aplicación de las disposiciones de un tratado. No se cambian las obligaciones.

### 3.1. Entonces, ¿la práctica ulterior tiene que ser una práctica activa y no pasiva?

Tiene que ser una práctica en la aplicación del tratado que evidencie una determinada interpretación. Para que cualquiera aplique un tratado, o para que cualquiera aplique una norma, antes debe interpretarla. El sólo leerla implica una interpretación. Para aplicar, hay que interpretar primero.

Entonces, lo que dice el artículo 31.3.b, es que hay que tomar en cuenta toda práctica ulterior 'seguida en la aplica-

ción', es decir, la aplicación del tratado se hace de una determinada manera, que denota una interpretación de ese Estado que lo aplicó. Otros Estados podrían aplicar el tratado de forma distinta y, con tal aplicación, se puede evidenciar otra interpretación. En el caso en el que las interpretaciones sean coincidentes y, por tanto, el tratado se aplique de la misma manera, aunque no haya pacto ulterior (literal a), hay una práctica en la aplicación que evidencia que existe cierto acuerdo sobre la interpretación.

Entonces, no se trata de una práctica activa o pasiva, sino de una práctica en la aplicación que evidencia un acuerdo en la interpretación del tratado. La aplicación del tratado puede implicar una conducta activa o pasiva, pero esa conducta es la práctica seguida en la aplicación. Por ejemplo, puede que el tratado indique que, frente a determinadas situaciones, los Estados deben abstenerse de hacer "X". Si se presenta una situación concreta y los Estados no saben si se enmarca o no en las situaciones descritas por el tratado, frente a las que deben abstenerse de hacer "X", pero siempre se abstuvieron de hacer "X" en esos casos, entonces esa es la práctica seguida en la aplicación. De esa práctica se desprende que los Estados han interpretado que la situación concreta sobre la que existe la duda, sí se enmarca en el grupo de situaciones descritas por el tratado, frente a las que se deben abstener de hacer "X". Esa práctica seguida en la aplicación, entonces, evidencia un acuerdo sobre la interpretación del tratado.

### 3.2. ¿Y esto se aplica independientemente del número de partes que tenga el tratado?

En efecto, esto se puede aplicar independientemente del número de partes de un tratado. Evidentemente, desde mi punto de vista, en un tratado multilateral la determinación de un acuerdo acerca de la interpretación derivado de la práctica seguida en la aplicación, requeriría de una amplia práctica, es decir, de una práctica seguida por un número significativo de Estados parte. Ahora bien, sin duda, en estos casos lo mejor sería que se haga un acuerdo ulterior expreso sobre la interpretación.

**4. En su estudio sobre la nulidad de los tratados, ¿cuál es la clasificación que realiza de las causales de nulidad de la Convención de Viena de 1969 y por qué decide apartarse de las otras propuestas de clasificación más populares entre los publicistas?**

La Convención no hace una clasificación, sino un listado de causales. La doctrina, siguiendo a la doctrina clásica del Derecho civil, usa una terminología propia de esa rama para clasificar el listado de la Convención. Entonces, se utilizan términos como ‘causales de nulidad absoluta o relativa’ (no admite subsanación o sí la admite, respectivamente), ‘anulabilidad’, o ‘vicios en el consentimiento y vicios sustanciales del consentimiento’, etc.

Lo que ocurre es que el Derecho de los tratados no es Derecho civil; no es Derecho de los contratos ni de los actos jurídicos. Es Derecho internacional de los tratados. Eso implica una gran diferencia. El Derecho civil está pensado para un país en el marco de su sistema jurídico. Ahora bien, en los distintos sistemas jurídicos puede haber distinta terminología y entre países del mismo sistema jurídico, también. Incluso se pueden

encontrar situaciones distintas como, por ejemplo, que en un país se hable del acto jurídico inexistente y que en otro país aquellos no se reconozcan, sino que solo existan actos jurídicos nulos.

En cambio, la Convención está pensada para ser aplicada por todos los países, sea cual fuere su sistema jurídico. Por ende, intentar usar la terminología propia de un sistema jurídico bajo el mencionado escenario, complica la aplicación de una norma entre todos los Estados. Por eso, es mejor usar términos propios del Derecho de los tratados, pero como no existen, lo que yo propongo es una clasificación basada en los términos que la Convención sí emplea como, por ejemplo, referirnos a causales de nulidad que admiten subsanación o no del vicio.

Por otro lado, algunos en la doctrina consideran que hay causales de nulidad que son vicios en el consentimiento, cuando en realidad no lo son. Existen casos en los que el vicio no está en el consentimiento, sino en la capacidad jurídica de quien consiente; ya sea porque no tenía adecuados plenos poderes, porque tenía una limitación establecida por su Derecho interno, o porque tenía una limitación establecida en sus plenos poderes (artículo 8, 46 y 47 de la Convención). No son vicios en el consentimiento: son vicios en la capacidad jurídica de quién consiente.

Luego, sí hay vicios en el consentimiento clásicos (por ejemplo, error, dolo, etc.). Si se quiere, se puede distinguir, como hacen algunos, entre vicios simples en el consentimiento y vicios sustanciales en el consentimiento; estos últimos serían los su-

puestos de coacción contra el Estado o contra su representante. También existen vicios referidos la ilicitud del objeto del tratado, como cuando se violan normas de *ius cogens*, preexistentes o sobrevinientes.

Lo que yo hago, entonces, es evitar usar terminología propia del Derecho interno, para empezar a usar terminología propia del Derecho internacional que todos comprendan. Todos comprenden si algo admite o no subsanación, si el vicio está en el consentimiento, en la capacidad jurídica para consentir o si se refiere a la ilicitud del objeto del tratado.

Si construyéramos una terminología propia del Derecho de los tratados, podríamos evitar redacciones como la del artículo 64 de la Convención, que recoge el supuesto de ilicitud del objeto del tratado por la aparición de una nueva norma de *ius cogens* y, como consecuencia, determina que el tratado es “nulo y termina”. Ese artículo se refiere a lo que conocemos como anulabilidad, es decir, nulidad desde el momento en el que aparece el vicio. Sin embargo, ese término no necesariamente es empleado en todos los países, por lo que la Convención, para que no se generen dudas, establece expresamente que el tratado es “nulo y termina”, para luego, en el artículo referido a las consecuencias de aquella causal, explicar detalladamente las consecuencias jurídicas de esa afirmación, que coinciden con lo que nosotros entendemos como anulabilidad.

En suma, se trata de buscar una terminología que todos puedan comprender en cualquier parte del mundo, al margen del idioma que se emplee y del sistema jurídico del país.

## 5. La terminación o la suspensión de la aplicación de tratados mediante cláusulas como *rebus sic stantibus* adquiere relevancia en un mundo en rápida transformación. ¿En qué casos recientes se ha invocado (con éxito o sin él) un cambio fundamental en las circunstancias para cesar obligaciones convencionales, y qué nos revela esto sobre la tensión entre la necesidad de adaptación y la estabilidad de los tratados internacionales?

Antes de la entrada en vigor de la Convención de Viena de 1969, se alegó el cambio fundamental en las circunstancias, por ejemplo, en el caso *Fisheries (Reino Unido vs. Noruega, 1951)*. En ese caso, se consideró que el cambio ocurrido no era fundamental y, por tanto, la alegación no tuvo éxito; sin embargo, la Corte reconoció que la doctrina del cambio fundamental en las circunstancias sí se aplica en el Derecho internacional.

Otro caso interesante, pero luego de la entrada en vigor internacional de la Convención, es el de *Hungría vs. Eslovaquia (1997)* por el sistema de esclusas. Se alegó un cambio fundamental en las circunstancias, pero la Corte consideró que el cambio no era fundamental y, por tanto, no aplicó la regla. Sin embargo, reconoció que esa causal de terminación o de suspensión de la aplicación (*rebus sic stantibus*), que está en la Convención, refleja costumbre; es decir, se puede aplicar a Estados que no son parte de la Convención.

Son dos casos en los que no tuvo éxito la alegación del *rebus sic stantibus*, pero que igual sirvieron para aclarar algunos elementos adicionales. ¿El mundo se encuentra en constante

## “La función de un tribunal es aplicar el derecho, no tienen función legislativa, menos en el ámbito internacional donde las normas parten de la voluntad de los Estados.”

cambio? Sí. ¿Los tratados se requieren adecuar? Muchas veces sí. ¿Cómo se hace? Modificándolos, enmendándolos o haciendo acuerdos adicionales que los desarrollen o complementen, como protocolos. Esa es la forma.

No es que haya una necesidad de cambio de los tratados o necesidad de estabilidad de los tratados. Los tratados no tienen necesidades, los que tienen necesidades son los Estados y las personas. Los tratados están al servicio de los Estados, son instrumentos. Entonces, si los Estados han celebrado un tratado y este ya no les es útil, lo cambian. Y si sigue siendo útil, lo siguen usando. Los tratados no tienen vida propia, son instrumentos jurídicos que contienen normas.

Por eso, volviendo al tema anterior, es problemática la interpretación evolutiva, porque se considera al tratado como si tuviera vida propia y como si este pudiera adecuarse, por vía de los tribunales, generando obligaciones distintas a los Estados, que son los que inicialmente lo celebraron. La función de un tribunal es aplicar el Derecho, no tienen función legislativa, menos en el ámbito internacional donde las normas par-

ten de la voluntad de los Estados. Los tribunales internacionales han sido creados por los Estados, para aplicar las normas creadas por los Estados y para resolver las controversias que surjan en virtud de las actuaciones de los Estados. Los tribunales no son órganos legislativos que crean normas. Los tratados no son seres vivos que tengan necesidades. Somos los seres humanos los que tenemos necesidades y, si identificamos que en una Convención de derechos humanos no está reconocido un derecho que hoy consideramos que debiera estarlo, debemos hacer el trabajo de movilización social, de docencia, de convencimiento, para que haya un reconocimiento social de ese derecho, luego un reconocimiento normativo interno y para que, finalmente, el Estado, en el ámbito internacional, promueva el reconocimiento y la protección de ese derecho. Ese es el camino; largo, pero seguro.

De igual forma ocurre con el *rebus sic stantibus*. Si queremos adecuar los tratados, hay mecanismos para hacerlo. Y si un tratado no se adecua y luego se genera una carga desproporcionada para alguno de los Estados, existen cláusulas como esta que permiten, siguiendo un procedimiento regulado, terminarlo o suspender su aplicación. Entonces, existen reglas, mecanismos y procedimientos ya sea para adecuar los tratados a nuevas realidades o, de ser el caso, para terminarlos o para suspender su aplicación.

### 5.1. Sin embargo, considerando que el estándar para invocar el *rebus sic stantibus* es tan alto y que la Corte Internacional de Justicia no lo ha amparado en ningún caso, ¿qué tan útil resulta mantener aquella provisión en el artículo 62?

Que un tribunal nunca haya amparado la alegación de un determinado supuesto de terminación o de suspensión de la aplicación de un tratado, sólo es indicador de que, en la realidad, no ha ocurrido el supuesto de hecho que lo amerite. El día en que ese supuesto de hecho ocurra, y puede ocurrir, la norma seguramente sí será aplicada por la Corte.

## 5.2. ¿Un fenómeno de tanta repercusión como el cambio climático podría eventualmente generar la alegación de un *rebus sic stantibus*, en tanto sus consecuencias están siendo excesivamente nocivas para determinados Estados?

Cualquiera que lo quiera alegar, lo puede hacer. Luego tendrá que probar cada uno de los elementos necesarios para aplicar la doctrina del *rebus sic stantibus*. Si logra probar esos elementos y el supuesto de hecho no se enmarca en alguna de las excepciones a esta regla, se aplicará la causal; si no lo logra o si el supuesto de hecho se enmarca en alguna de las excepciones a la regla, no se aplicará. Así funciona el Derecho; se tendrá que hacer un análisis del caso concreto.

## 6. La Organización de las Naciones Unidas ha sido una organización clave en el proceso de codificación del Derecho Internacional. ¿Cuáles son los principales mecanismos de la ONU para garantizar el cumplimiento de los tratados internacionales bajo el marco de la Convención de Viena?

Si se considera que la seguridad jurídica es uno de los mecanismos que permite alcanzar la paz mundial y se establece un proceso para lograr esa seguridad jurídica, como la codificación y el desarrollo progresivo,

entonces, el resultado será la celebración de tratados escritos. Si consideramos que estos instrumentos recogen normas jurídicas, entonces por lógica jurídica deben existir mecanismos para asegurar el cumplimiento de esos tratados.

La propia Convención de Viena de 1969 establece mecanismos de solución de controversias vinculadas a la Convención; incluso en caso de violación de normas de *ius cogens*, establece la posibilidad de recurrir a la Corte Internacional de Justicia. Hay un reconocimiento de la competencia de la Corte para esos casos.

Entonces, cuando hay controversias, hay mecanismos para solucionarlas. Cuando una solución a la que se arriba es vinculante y alguna de las partes no la cumple, se recurre a los mecanismos coercitivos del Derecho internacional. ¿Cuáles son los mecanismos coercitivos de los que dispone la ONU para garantizar el cumplimiento de los tratados? Además de los típicos (contramedidas y sanciones), la ONU centraliza el uso "lícito" de los mecanismos coercitivos que implican el empleo de la fuerza militar, a través del Consejo de Seguridad, que es el órgano que impone sanciones por la violación de normas al respecto.

Pero, ¿cuál es el problema? El problema es que el Consejo de Seguridad tiene 5 miembros permanentes que tienen capacidad de ejercer su derecho de veto. Por tanto, es muy difícil sancionar a esos 5 miembros cuando, en lo que se refiere al uso de la fuerza militar (a la paz mundial), incumplen algún tratado. Esto no es ajeno a lo que, lamentablemente, algunas veces ocurre en el ámbito interno de los Estados en relación con personas o em-

presas con gran poder que, gracias a él, suelen estar “más allá del Derecho” y evitan, así, algunas sanciones más que merecidas. Estas son pues realidades propias tanto del Derecho interno como del Derecho internacional.

Ahora bien, frente a lo anterior, hay tratados sobre una innumerable cantidad de materias que, como regla general, se cumplen por todos los Estados, grandes y pequeños, desarrollados y en vías de desarrollo. Por ejemplo, tratados sobre el tendido de cables submarinos, sobre el lanzamiento de satélites, sobre comercio internacional, sobre inversiones, etc. En estos casos, la aplicación de sanciones ante eventuales incumplimientos no enfrenta los mismos problemas que en los casos vinculados al uso de la fuerza militar.

**7. Considerando que la Convención de Viena de 1969 no abarcó ciertos escenarios que surgen cotidianamente en las relaciones internacionales, ¿cómo afronta el Derecho internacional contemporáneo la proliferación de acuerdos no tradicionales —como memorandos de entendimiento, acuerdos políticos o compromisos de soft law— que no encajan en la definición clásica de “tratado”, y qué retos plantean estos instrumentos atípicos para el Derecho de los tratados?**

Que existan estos instrumentos no es un problema. La vida internacional es la que determina el surgimiento del Derecho internacionales. Si ocurre algo que no requiere regulación, entonces no habrá regulación. Los Estados celebran memorandos de entendimiento desde hace muchísimos años. En principio, esos instrumentos no generan problema. Son acuerdos

políticos que pueden cumplirse o no y, en algunos casos, la consecuencia del incumplimiento no justificado es la mala imagen del Estado que ‘falta a su palabra’.

El problema está en la confusión, algunas veces intencionada, entre los tratados como instrumentos jurídicos que generan obligaciones jurídicas y otros instrumentos que no son jurídicos. Entonces, el problema aparece cuando dentro de un Estado se quiere tramitar como memorando de entendimiento algo que sí es tratado, algunas veces, por ejemplo, para evitar el trámite de aprobación previa del Congreso de la República. El problema es el uso inadecuado, por desconocimiento o con mala intención, de estos instrumentos.

**7.1. Si bien ha mencionado que el problema no es la celebración de aquellos instrumentos que por su propia naturaleza no son vinculantes, parece ser una realidad que en ciertas ramas del Derecho internacional (como el Derecho internacional del trabajo), si bien hay ciertos tratados que protegen algunos derechos, hay una mayor proliferación de instrumentos no vinculantes. ¿No consideraría esos instrumentos como problemáticos o como un obstáculo para la codificación del Derecho internacional?**

No, porque no existe un problema normativo y porque, algunas veces, estos instrumentos son más bien el paso previo a la codificación. Si los Estados están prefiriendo acuerdos no vinculantes, es porque aparentemente necesitan ese tipo de acuerdos y no otros. Si eso genera consecuencias nocivas, entonces los Estados tendrán que tomar conciencia de eso y, si

quieren evitarlas, deberán usar otros instrumentos. Sin embargo, el problema no está en los instrumentos, sino, eventualmente, en el uso que se les da.

**8. A su parecer, ¿es necesario enmendar la Convención de Viena de 1969 para abordar los desafíos contemporáneos del Derecho internacional? Si es así, ¿qué principios o regulaciones nuevas deberían incluirse?**

La Convención de Viena de 1969 tiene diversos puntos donde se pueden hacer mejoras o precisiones. La propia Comisión de Derecho Internacional ha trabajado algunos de ellos. Sería difícil hacer los cambios, pero en un mundo ideal, sí sería conveniente. Se

podría, por ejemplo, actualizar la definición de organización internacional; recoger sugerencias de la Comisión de Derecho Internacional sobre la aplicación provisional; cambiar la regulación sobre las reservas, para aclarar una serie de cuestiones que han surgido en torno a ellas o, incluso, para hacer una regulación más flexible que atienda a la práctica de los Estados; identificar temas puntuales como el error de que el artículo 46 se refiera a un vicio del consentimiento cuando, en realidad, es un vicio en la capacidad para consentir; entre otros aspectos que podrían mejorarse. Sin embargo, son diversos los elementos a evaluar para determinar la viabilidad de un cambio.