

Transparencia y rendición de cuentas como imperativos de la democracia

Intertemporalidad e interpretación de tratados a 50 años de la adopción de la Convención de Viena

Por Javier Surasky¹

1. Introducción

Neue Hofburg, Viena, 1969. Representantes de 103 Estados miembros de las Naciones Unidas y 13 agencias y organismos especializados se reúnen en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Es una reunión formal que muestra una ONU muy diferente a la de 1945 como resultado de la “década de la descolonización”. La mayoría de los presentes viene de países subdesarrollados, muchos de ellos recién devenidos independientes. Algo, sin embargo, sigue incólume: hay una ausencia casi total de mujeres en el salón.

El ambiente en que se desarrolla la reunión es cordial. Todavía resuenan los turbulentos sucesos de 1968, aunque la vocación por ser realista pidiendo lo imposible ya fue quitada de las fachadas parisinas. Apenas días antes del inicio de la conferencia, la Misión del Apolo 10 completa un simulacro de alunizaje que será cierto apenas unos meses después.

En Estados Unidos son tiempos de demostraciones contra la guerra de Vietnam. En Argentina, del Rosarizazo contra el dictador Juan Carlos Onganía. El proceso de descolonización va llegando a su fin, el “tercer mundo” va buscando su propia identidad y la guerra fría marca el ritmo de los debates internacionales.

En 1962 el Telstar había sido el primer satélite de telecomunicaciones, un año más tarde en Europa se presentaba un nuevo dispositivo: el cassette. Antes del final de la década, en 1968, dos inventos marcaban el progreso de la informática: la memoria-RAM y el mouse.

En el campo del derecho internacional, la reunión de Viena era un evento trascendental, pero pretender que la aplicación de sus normas debe mantenerse ligada al tiempo de su origen es como pretender hoy grabar un cassette desde nuestra PC o querer navegar internet usando una memoria-RAM de 1968. ¿Posible? Tal vez. ¿Ridículo? Sin dudas.

El paso del tiempo y los nuevos desarrollos no son exclusividad de la tecnología. También suceden en las conceptualizaciones que realizan ciencias sociales sobre una organización cambiante de vida social, nacional e internacional.

¹ Magister en Relaciones Internacionales (Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata). Profesor Adjunto Ordinario de la asignatura “Derecho Internacional Público”, Universidad Nacional de La Plata. El autor agradece los comentarios y aportes realizados por la Magister Luz Marina Mateo al presente trabajo.

En este trabajo, partiendo del análisis de fuentes primarias producidas en el marco de la Conferencia de Viena como primer insumo, pretendemos demostrar la necesidad de aceptar, sobre bases jurídicas bien asentadas, la necesidad de reinterpretar el contenido del artículo 80 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, sobre la base del nuevo espacio que los actores no gubernamentales, la transparencia y la rendición de cuentas juegan en la promoción y defensa de la democracia -asunto que ahora es de interés del derecho internacional- y vinculando a esta última con la posibilidad de lograr mejoras en materia de desarrollo y el efectivo disfrute de los derechos humanos, otros dos asuntos caros al derecho internacional público de nuestro tiempo.

2. El camino hacia Viena

En 1949, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas tomó la decisión de que la codificación de las normas que regulan la vida de los tratados era viable y designó a James Brierly como Relator Especial sobre el tema.

Brierly sería sucedido por Hersch Lauterpacht en 1952, Gerald Fitzmaurice en 1955 y Humphrey Waldock en 1961. Los cuatro compartieron la nacionalidad británica. Durante todo ese período, y especialmente entre 1961 y 1966, la Comisión de Derecho Internacional debatió el tema y presentó sucesivos borradores de “artículos” sobre la materia. El último de ellos (A/CN.4/L.117 y Add.1) está fechado el 14 de julio de 1966 y fue la base de los debates en Viena. El acuerdo de base que parece atravesar todas las propuestas de la Comisión fue el de trabajar en la codificación de las normas consuetudinarias ya existentes en la materia, y solo en menor medida en su desarrollo progresivo.

Dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas terminarían de orientar el camino hacia Austria: la resolución 2166 (XXI) del 5 de diciembre de 1966, donde se decide convocar a una conferencia internacional de plenipotenciarios para debatir el borrador de 1966 y adoptarlo como convención, y la resolución 2287 (XXII) del 6 de diciembre de 1967 donde se convoca formalmente la reunión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados en la ciudad de Viena para marzo de 1968.

Dos sesiones de trabajo fueron necesarias para lograr un texto final de acuerdo. Ambas estuvieron presididas por el jurista italiano Roberto Ago, electo para la posición por aclamación. En ambas la delegación argentina estuvo encabezada por José María Ruda.

La primera de ellas tuvo lugar entre el 26 de marzo y el 24 de mayo del mencionado año 1968. La segunda, realizada entre el 9 de abril y el 22 de mayo de 1969 y, al día siguiente, los países allí presentes adoptaron y abrieron a la firma la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que sigue siendo la piedra fundamental del edificio del derecho internacional consuetudinario hasta nuestros días.

La adopción de ese documento opacó otros dos productos también nacidos de la Conferencia bajo la forma de declaraciones, que fueron una forma de satisfacer intereses de partes que no habían tenido suficiente poder como para hacerlos parte de la Convención de Viena:

- La Declaración sobre la prohibición de la coerción militar, política y económica en la conclusión de tratados, respuesta al intento fallido de los países en desarrollo de considerar todas las formas de coerción, y no solo el uso de la fuerza como finalmente ocurrió, como causa de nulidad de los tratados.
- La Declaración sobre la participación universal en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, respuesta a la posición de la Unión Soviética de la necesidad de permitir que participen en la conferencia Estados no miembros de las Naciones Unidas dado que su resultado les afectaría tanto como a los miembros. Khlestov, representante soviético, reclamaba al inicio de los trabajos por la participación de la República Popular de China, la República Alemana Democrática, la República Democrática de Vietnam y la República Democrática Popular de Corea, entre otros países de la órbita soviética por entonces fuera de la ONU (ver documento “First plenary meeting. Extract from the Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole)”, A/CONF.39/SR.1.)

Además, se adoptaron cinco resoluciones sobre asuntos conexos y formales, de las cuales destacamos dos:

- La resolución relativa al artículo 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: donde “Recomienda a la Asamblea General de las Naciones Unidas que remita a la Comisión de Derecho Internacional el estudio, en consulta con las principales organizaciones internacionales, sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales”. Sería el inicio de la Convención de Viena de 1986 sobre este asunto.
- La resolución relativa a la Declaración sobre la prohibición de la coerción militar, política y económica en la conclusión de tratados: requiere al Secretario General que ponga esa declaración en conocimiento de todos los Estados miembros y órganos principales de las Naciones Unidas.

Pasarían algo más de 10 años hasta que, tras el depósito de la ratificación de Argelia, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entrar en vigor el 27 de enero de 1980, cuando se cumplió la condición establecida en su artículo 84.1: “La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión”.

Argentina, país signatario de la Convención en su primer día, había presentado su instrumento de ratificación el 25 de septiembre de 1974, integrando junto a República Dominicana (primer país ratificante, en 1976), Paraguay y Uruguay el conjunto de Estados de América Latina y el Caribe que contribuyó a la entrada en vigor del tratado.

Sin embargo, para tener una primera aproximación a lo actual que resulta la norma adoptada en Viena, podemos mencionar que el año en que el tratado recibió un mayor número de ratificaciones fue 2005, y que solo desde 2000 ha recibido 27 ratificaciones. Las últimas dos: Nigeria en 2017 y la República Popular de Laos en 2018. Son 116 los países que han ratificado esta convención hasta el día de hoy, pero dos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estados Unidos y Francia, no se encuentran entre ellos.

3. La Convención

Sería un sinsentido intentar en estas páginas realizar un análisis de la Convención de Viena. Solo por tratar de explicar el desafío que esa tarea implicaría, cabe recordar que en las más de 1.300 páginas del libro *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, editado por Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach, que tal vez sea la mejor obra publicada en la materia, participan más de 10 autores. Y es únicamente un “Commentary”.

Podemos sí, a fin de introducimos en el texto, señalar que el mismo articula sus 85 artículos en ocho partes. A saber:

- Parte I. Introducción.
- Parte II. Celebración y entrada en vigor de los tratados.
- Parte III. Observancia, aplicación e interpretación de los tratados.
- Parte IV. Enmienda y modificación de los tratados.
- Parte V. Nulidad, terminación y suspensión de los tratados.
- Parte VI. Disposiciones diversas.
- Parte VII. Depositarios, notificaciones, correcciones y registro.
- Parte VIII. Disposiciones finales.

Algunos de los elementos centrales de este tratado, ya conocidos por cualquier persona que haya tenido un nivel de acercamiento básico al derecho internacional, son:

- Se aplica únicamente a tratados celebrados entre Estados (artículo 2).
- Hace reconocimiento explícito de la existencia de normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) (artículo 53).
- Recepta los principios de *pacta sunt servanda* (somos esclavos de nuestros compromisos), *ex consensu advenit vinculum* (un Estado no puede quedar vinculado convencionalmente sin su consentimiento) y *pacta tertiis nec nocent* (un tratado no puede crear derechos ni obligaciones para un tercero sin su consentimiento) que fueron las bases del derecho convencional previo a la Conferencia de Viena.
- Dio preferencia al principio de universalidad de los tratados (participación de la mayor cantidad posible de Estados en los mismos, aunque esto implique flexibilizar sus contenidos) por sobre el de integridad

(conservación de un texto único e idéntico para todas las partes del tratado, aunque esto implique menor número de ratificaciones), en el establecimiento de su régimen sobre reservas.

- Como regla general, los tratados deben interpretarse de buena fe y “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (artículo 31), lo que implica asumir un criterio objetivo (ceñido a lo que el texto efectivamente dice conforme a su contexto) complementado por uno teleológico (inclusión de la consideración del objeto y fin del tratado). Luego explicita qué elementos considerar a la hora de construir el contexto interpretativo y finalmente nos señala que solo cuando la interpretación a la que se arribe aplicando esas pautas sea todavía ambigua, oscura o bien conduzca a un resultado manifiestamente absurdo se podrá acudir a medios de interpretación complementarios (artículo 32).

Partiendo desde esa línea de base sobre un conocimiento básico compartido con el lector, vamos a concentrar nuestra mirada sobre el tratado de Viena de 1969 siguiendo una perspectiva que se aproxima al fenómeno de la juridicidad internacional desde la consideración del derecho como un discurso del poder encabezado por aquellos que lo detentan en mayor grado. Esta mirada nos aproxima al denominado “derecho crítico”

El Derecho crítico es la verdad de una sociedad que a través del derecho disolvió el velo de la ideología y de la represión, que desenmascaró el Derecho de la dominación y se abre críticamente al dominio del Derecho (...) Solamente el Derecho crítico -que penetra y desarticula las relaciones de poder social, económico y político en vez de legitimarlas- puede ser la real expresión de la verdadera sociedad humana (Wolkmer, 2017:75)

Dada esta posición, nos sumamos a la afirmación que realiza Michel Miaille (1984:32) cuando sostiene que “una reflexión crítica sobre el derecho [debe] abordar las cosas por la raíz, retornar a la genealogía que permitió la existencia de determinada forma jurídica”.

Así, no se trata de analizar si la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados es “buena” o “mala”, con todos los grises posibles en medio, ya que “caracterizar razones como buenas no es la atribución de una cualidad objetiva sino el ejercicio de una toma de posición con una consecuencia normativa: esas razones me obligan a mí a tomar por verdadero [lo que afirman]”, y dado que la verdad trasciende perspectivas y es controvertida, la disputa por la misma se convierte en “el elemento en que la verdad tiene su ser [y así] tener por verdadero es tomar posición en un espacio social de razones” (Wellmer, 2013:118-119)

Los 50 años transcurridos desde el encuentro en Viena nos permiten volver al documento allí aprobado desde un momento histórico diferente, donde la distribución del poder internacional no es idéntica a la de entonces y las disputas por lo verdadero de las razones jurídicas en todos los espacios han atravesado movimientos sustanciales.

El ejercicio que proponemos no es una crítica de la Convención de Viena cinco décadas vista, aplicando lentes actuales al texto de finales de la década de 1960. Por el contrario, pretendemos tomar apenas algunos elementos de ese acuerdo internacional para revisar cómo la transformación de la sociedad internacional ha impactado sobre sus contenidos y de qué manera llega a tensionarlos en sus formas actuales. Para ello, nada mejor que comenzar por recurrir a la propia Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su aproximación a los efectos del paso del tiempo en la interpretación de los tratados.

4. El tiempo pasa y los tratados se renuevan sin cambiar

El ya mencionado artículo 31 sobre interpretación de los tratados de la Convención de Viena, establece en su inciso 3.c que el contexto dentro del cual debe ser interpretado un tratado debe incluir la consideración de “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

Lo que no nos dice el artículo es si esas “formas de derecho internacional” deben ser consideradas al momento en que se acordó el texto del tratado o a la fecha en que se lo interpreta, creando un “agujero negro” en la temporalidad del contexto de interpretación de los acuerdos.

Si vamos al origen del inciso para buscar una respuesta, hallamos que la propuesta de su inclusión fue realizada en 1964 por Humphrey Waldock, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU y en el marco de la elaboración del borrador de lo que sería la Convención de Viena. La forma primera del inciso era la siguiente: “[los términos de un tratado deberán interpretarse de buena fe y conforme al sentido natural y ordinario que deba darse a cada término] en el contexto de las normas de derecho internacional que estuvieren en vigor en la época de la conclusión del tratado”.

El mismo jurista había propuesto además que el texto de la Convención incluyera un artículo, rechazado dentro de la misma Comisión, que diría:

1. Todo tratado deberá interpretarse a la luz del derecho vigente en el momento en que fue redactado.
2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1, la aplicación de un tratado se debe regir por las normas de derecho internacional vigentes en el momento en que se aplique ese tratado

La cuestión de la “intertemporalidad” en la interpretación de los tratados estaba sobre la mesa de los trabajos preparatorios, y los debates que generó el inciso 3.c del artículo 31 fueron extensos². Detrás de las discusiones había un consenso y una pregunta abierta. El primero refería a la necesidad de conocer la intención de las partes al adoptar un tratado, entendiendo que estaría influenciada por el marco jurídico internacional vigente al momento de las negociaciones. La duda era, ¿cómo dar consideración a los cambios en ese marco que se producen como consecuencia del paso del tiempo? El asunto quedó sin respuesta, y así las cosas debió ser asumido por la jurisprudencia internacional y la doctrina.

Comencemos por analizar lo dicho por la Corte Internacional de Justicia en un fallo emitido en 2009 en la Causa relativa a la controversia sobre Derechos de Navegación y Derechos Conexos (Costa Rica contra Nicaragua), en la que debió interpretar un tratado limítrofe entre ambos países vigente desde 1858, una de cuyas cláusulas habilitaba la navegación de embarcaciones costarricenses por el fronterizo río San Juan, que por el mismo tratado quedaba bajo soberanía nicaragüense, siempre que esta se realizara “con objetos de comercio”. La interpretación de ese párrafo era el motivo de disputa entre las partes.

El problema comenzó en la primera mitad de los años '80, con la decisión de Nicaragua de establecer restricciones a la navegación costarricense en el río San Juan debidas a cuestiones de seguridad nacional asociada a la guerra civil nicaragüense. La situación, que Nicaragua informaba como “transitoria”, empeoró en la segunda parte de la década de 1990: cuando la guerra civil ya había finalizado, Nicaragua introdujo medidas regulatorias de la navegación de ese río que impusieron tarifas a las embarcaciones costarricenses. Tras varias protestas e intentos de solución bilateral, Costa Rica elevó la controversia a la CIJ en 2005.

El fallo de la CIJ, pronunciado el 13 de julio de 2009, explica la litis de la siguiente manera:

Para Nicaragua la versión española de esta expresión, que es la única auténtica, debe traducirse al francés como “avec des marchandises de commerce” y al inglés como “with articles of trade”; en otras palabras, los “objetos” en cuestión aquí son objetos en el sentido concreto y material del término. En consecuencia, la libertad de navegación garantizada a Costa Rica (...) sólo tiene relación con el transporte de bienes destinados a la venta en un intercambio comercial. Para Costa Rica, por el contrario, la expresión significa en francés “à des fins de commerce” y en inglés “for the purposes of commerce”; los “objetos” del texto original se refieren por lo tanto a objetos en el sentido abstracto de fines y propósitos. Por ello, de acuerdo con Costa Rica, la libertad de navegación que le concede el Tratado debe aplicarse al alcance más amplio posible del término, y en cualquier caso no incluye solamente el transporte de bienes, sino también el transporte de pasajeros, incluidos turistas³.

2 Demasiado extensos como para tratarlos aquí de hecho. Puede verse al respecto Naciones Unidas, 1971:42-44.

3 Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213. El texto oficial de la sentencia se emitió en inglés y francés. Las traducciones al español toman como fuente la versión en inglés, han sido realizadas por el autor y, por tanto, no son oficiales.

La Corte afirma su capacidad para resolver la disputa, y señala que lo hará basada en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados aun cuando Nicaragua no es parte del mismo y sin que sea relevante que “el hecho de que el tratado que se va a interpretar aquí date de una fecha muy anterior a la redacción de dicha Convención”. Primer quiebre en una interpretación temporal directa, dado que si el contexto normativo existente al momento de negociar un acuerdo se tiene como parte de los elementos que hacen a su interpretación, la Convención de Viena nunca pudo estar en la previsión de los negociadores en 1858.

Dicho esto, la Corte explica que no existen razones para interpretar de manera restrictiva la expresión “con objetos de comercio” y, basándose en razones de coherencia lingüística y antecedentes, opta por declararse en favor de la teoría costarricense, lo que la lleva a entrar en el análisis de qué debe ser considerado como “comercio”.

Nuevamente comienza su análisis explicitando las tesis encontradas de las partes

En opinión de Nicaragua, a los efectos del Tratado, “comercio” cubre únicamente la adquisición y venta de mercancías, de bienes físicos, y excluye todos los servicios, como el transporte de pasajeros. Argumenta que aún si la frase es traducida en la expresión inglesa “for the purposes of commerce” el resultado es el mismo, porque en 1858 la palabra “comercio” se refería necesariamente al comercio de bienes y no se extendía a servicios, dado que la incorporación de los mismos es un avance muy reciente.

Costa Rica argumenta que la palabra “comercio”, tal como se utiliza en el Tratado, incluye cualquier actividad que persiga fines comerciales como, entre otros, el transporte de pasajeros, incluidos turistas, y el de bienes. En opinión de la parte demandante, “comercio” incluye el desplazamiento y el contacto entre los habitantes de los pueblos de la ribera costarricense del río San Juan, y el uso del río con fines de navegación por funcionarios públicos de Costa Rica que brinden servicios esenciales a la población local, en ámbitos como salud, educación y seguridad.

La Corte no acepta ninguna de las dos tesis propuestas. Una por restricción, la otra por excesiva apertura, pero aquí nos interesa su respuesta a la segunda parte de la interpretación nicaragüense. Nos dice el fallo de marras que

Es cierto que los términos utilizados en un tratado deben interpretarse a la luz de lo que se determina que ha sido la intención común de las partes que es, por definición, contemporánea a la conclusión del tratado. Eso puede llevar a una autoridad judicial que conozca de una controversia, o a las propias partes, al intentar determinar el significado de un tratado para cumplir de buena fe con el mismo, a establecer el significado que tenía un término cuando se redactó el tratado, ya que ello puede arrojar luz sobre la intención común de las partes. La Corte ha procedido así en algunas causas que exigían que interpretase un término cuyo significado había evolucionado desde la conclusión del tratado en cuestión, y en esos casos la Corte adhirió al significado original (...) Sin embargo, en opinión de la Corte esto no significa que cuando el significado de un término ya no sea el mismo que era en la fecha de conclusión del tratado, no deba tenerse en cuenta para nada su significado en el momento en que se va a interpretar el tratado para aplicarlo.

Y aquí llega a una definición clave para nosotros al afirmar que existen situaciones en las que la intención de las partes del tratado fue, o puede suponerse ha sido, “dar a los términos empleados, o a algunos de ellos, un significado o contenido evolutivo, no uno fijado para siempre, de modo que permita, entre otras cosas, avanzar en el ámbito del derecho internacional”.

Desarrollando esa idea da un paso más y sostiene que cuando las partes de un tratado utilizan “términos genéricos (...) sabiendo que probablemente evolucionaría su significado con los años, y cuando el tratado se concluyó hace mucho tiempo o es ‘de duración continuada’, cabe suponer que las partes, como norma general, tenían la intención de que el significado de dichos términos pudiera evolucionar”. *Touché*: en ciertas circunstancias se debe presuponer que las partes “tenían intención” de dar lugar a la evolución del sentido de los términos.

Apenas un año después de ese fallo, en 2006, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas publicó una observación, redactada por Martii Koskenniemi, sobre “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades

derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” (A/CN.4/L.682) donde avanza sobre el tema de la intertemporalidad de la interpretación de los tratados.

Siempre con la Convención de Viena y su artículo 31.3.c como referencia, aborda el problema de la intertemporalidad recordando que “ninguna relación jurídica permanece inalterable con el paso del tiempo (...) los pareceres de las partes acerca del significado y aplicación del tratado evolucionan con el paso del tiempo, la acumulación de experiencia y la aparición de nueva información y nuevas circunstancias” (párr. 476). Sin embargo, el informe no toma una posición definitiva respecto del momento temporal a concebir como contexto en que debe ser interpretado un tratado, sino que se limita a plantear ciertos caminos posibles.

La cuestión del paso del tiempo en la interpretación de tratados fue finalmente incluida en la agenda de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en el año 2008, donde se conformó un grupo de estudio sobre el tema⁴, designándose al frente del mismo a Georg Nolte (Alemania).

Los trabajos del grupo comenzaron en 2009 y continuaron hasta 2012, año en que se decidió cerrar el grupo y designar a Nolte como Relator Especial para el tema “Acuerdos posteriores y práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados”.

El trabajo del Relator Especial acabó sirviendo de Fuente para la adopción, en 2018 de un borrador de 13 conclusiones. La Comisión de Derecho Internacional solicitó a la Asamblea General de la ONU que “tomara nota” del mismo mediante una resolución. En la materia específica que estamos tratando la conclusión 8, sobre “Interpretación de los términos del tratado como capaces de evolucionar con el tiempo” dice: “Los acuerdos subsiguientes y la práctica subsiguiente en virtud de los artículos 31 y 32 [de la Convención de Viena] pueden ayudar a determinar si la intención presunta de las partes al concluir el tratado fue o no dar a un término un significado que puede evolucionar con el tiempo”.

Con la presentación de esas conclusiones, la Comisión de Derecho Internacional dio por concluida su tarea en este asunto.

No obstante, la vaguedad de las recomendaciones en general, y de la transcrita en particular, nos lleva a afirmar que el tema permanece irresuelto, aunque la jurisprudencia ha sido clara en afirmar la posibilidad de considerar la evolución de los conceptos y términos incluidos en un tratado por el paso del tiempo.

Cabe señalar que un año antes de que se presentaran las conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había emitido su Opinión Consultiva 24/17 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por Costa Rica, sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo”⁵. Allí recordaba su repetido señalamiento de que

los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (párrafo 58).

Como veremos más adelante, la consideración de los derechos humanos, la promoción del desarrollo y, sobre todo, de la democracia, serán fundamentales para entender el actual sentido que entendemos debe darse al artículo 80 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en la actualidad.

⁴ Ver *Report of the International Law Commission. Sixtieth session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2008)* (A/63/10), en especial párrafos 25, 353 y Anexo A.

⁵ Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. El paso del tiempo y los secretos en la Convención de Viena

Hasta la creación de la Liga de las Naciones, como veremos de inmediato, el ejercicio del secreto en la negociación y adopción de tratados se entendió como una práctica más de la diplomacia. Como nos recuerda Christer Jönsson (2002: 212-215), el estrecho vínculo entre el ejercicio de la diplomacia y los intereses nacionales servía de base al entendimiento de que el secreto en la diplomacia jugaba en beneficio de las naciones que lo guardaban. A esa consideración del interés nacional se sumaba, por supuesto, razones que provenían de las habituales y legales guerras. A esos motivos todavía cabe agregar la reacción negativa en los ciudadanos que podían generar algunos acuerdos (Aneek 2010:79).

Algunos de los más importantes tratados secretos que podemos mencionar son el de Reinsurance de 1887 entre el Imperio Germánico y el Imperio Ruso, el del Congreso de Berlín de 1878, la “Entente Cordiale” de 1904 entre Francia e Inglaterra y el Acuerdo Sykes-Picot de 1916 entre Rusia y Francia, aunque hay casos más cercanos en el tiempo, como el de los Acuerdos de Madrid firmados entre España, Mauritania y Marruecos en 1975 y que habilitaron la ocupación del Sahara Occidental por parte de los últimos. En nuestra región podemos mencionar el tratado Esguerra-Bárceñas de 1928, mediante el cual Nicaragua reconoció la soberanía de Colombia sobre el archipiélago de San Andrés y que estuvo al borde de causar una crisis diplomática.

La aceptación cordial del secreto en la diplomacia comenzó a ser cuestionada avanzado el siglo pasado. Como nos recuerdan Guillermet Fernández, Christian y Fernández Puyana, David (2015: 10) “la demanda de diplomacia abierta ganó espacio en la política internacional. Las personas y las naciones comenzaron a denunciar la diplomacia secreta por dos razones clave: la difusión de ideas democráticas y el odio en que una nación incurría debido a la diplomacia secreta”.

Por oposición, el concepto de “diplomacia abierta” comenzó a crecer, a pesar de las duras críticas que recibió de autores como Lipmann o Morgenthau que la consideraron fuera de lo realmente posible.

Enfrentar la práctica de los “tratados secretos” o incluso de las “cláusulas secretas” en tratados supuestamente públicos fue, sin embargo, tema de preocupación entre los negociadores del Pacto de la Sociedad de Naciones, cuyo artículo 18 acabó por asignar a la Secretaría de la organización la imposible obligación de registro y publicación de acuerdos secretos, solución ridícula dado que la Secretaría también los desconocía. Además, se disponía allí que un tratado no sería obligatorio hasta el momento en que fuera registrado.

Lo inútil de esa posición llevó a que, al redactarse la Carta de las Naciones Unidas, se incluyera su artículo 102, fijando en su primer inciso una obligación, y en el segundo la sanción por su incumplimiento:

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.

Respetar este artículo fue una de las principales preocupaciones de los negociadores reunidos en la Conferencia de Viena al poner sobre la mesa la cuestión del registro y publicación de tratados, como lo demuestran las actas de los debates del Comité Plenario de trabajo de esa Conferencia de sus sesiones 79^a y 82^a.

El trabajo partió de la propuesta elevada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en la cual el entonces artículo 75 establecía que “Los tratados celebrados por las partes de los presentes artículos se

registrarán lo antes posible en la Secretaría de las Naciones Unidas. Su registro y publicación se regirán por los reglamentos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas”⁶.

Los cambios en la propuesta original tuvieron lugar durante la 79ª sesión del Comité Plenario. Una enmienda presentada por los Estados Unidos y Uruguay y otra elevada por Bielorrusia⁷, a las que se sumó un comentario de Humphrey Waldock actuando como consultor experto de la Conferencia (A/CONF.39/C.1/SR.79), dieron al entonces artículo 75 su forma actual. La 82ª sesión se encargó de adoptar formalmente el texto de este artículo (A/CONF.39/C.1/SR.82). Todo esto ocurrió durante la primera de las dos sesiones de trabajo de la Conferencia de Viena, por lo cual el tema no estuvo en debate en su segunda sesión.

En su forma definitiva, el artículo 80 de la Convención de Viena sobre registro y publicación de los tratados, establece hoy que:

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.

No debemos perder de vista que, aunque se hable de registro y publicación, este artículo persigue “terminar con la práctica de los tratados que, debido a las razones difícilmente confesables que habían movido a su celebración, se mantenían secretos por los gobiernos que los habían concertado” (Diez de Velazco, 2007: 166). En otros términos: la publicidad de los acuerdos era el meollo de preocupación y el registro, archivo, inscripción y publicación a los que refiere el artículo 80, las herramientas para ese fin.

En este sentido, el artículo 80 de la Convención de Viena debe ser observado como un pilar fundamental, al igual que el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, del impulso de la “diplomacia abierta”.

Contrastando con el secretismo tradicional del ejercicio diplomático al que hicimos referencia, la diplomacia abierta “tiene dos características: en primer lugar, el rechazo de la conclusión de tratados secretos; y, en segundo lugar, *la conducción de negociaciones diplomáticas a plena vista del público*” (Aneek 2010:79. El resaltado es propio).

La segunda parte de la afirmación de Aneek toma, en nuestra visión, un sentido fundamental para aproximarnos a la manera en la que el paso del tiempo ha afectado este artículo, por cierto escasamente atendido, de la Convención de Viena de 1969.

Sostenemos que los cambios vividos en las tecnologías de la comunicación y la información que han tenido lugar desde entonces, y que no es necesario repasar aquí por obvios, afectan el sentido del registro y publicidad a partir de la “razón de ser” de la norma: evitar los acuerdos secretos.

Afirmamos también que se ha producido una modificación profunda de la idea de quién es el afectado por el secreto ya que, al momento de adoptarse la Convención de Viena, lo que parece haber estado en mente de los negociadores es la necesidad de la publicidad de los tratados internacionales a fin de brindar certeza al conjunto de los Estados sobre las obligaciones y derechos que los acuerdos creaban.

El “secreto” de los acuerdos internacionales hoy debe ser entendido como una práctica que afecta en primer lugar a una ciudadanía que delega en sus representantes, y en esto se sostienen, la facultad de representarla (también) en el ámbito de las relaciones internacionales.

⁶ Traducción no oficial del original en inglés: “Treaties entered into by parties to the present articles shall as soon as possible be registered with the Secretariat of the United Nations. Their registration and publication shall be governed by the regulations adopted by the General Assembly of the United Nations”. Ver *Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II*, p. 273.

⁷ Una tercera propuesta de enmienda realizada por China (insular) fue rechazada.

Más aún, y aunque esto es una osadía, podríamos afirmar que esa obligación se extiende de manera solidaria a la ciudadanía de los demás Estados negociadores y, cuando se trata de acuerdos internacionales sobre materias que por su esencia son globales, la responsabilidad podría llegar a considerarse asumida frente a la sociedad internacional, incluyendo a los individuos en su carácter de titulares de derechos humanos como el derecho a la información -reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19.1)⁸- y el derecho a que se establezca “un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 28).

En la actual sociedad internacional, ese “orden social” que menciona la Declaración Universal de Derechos Humanos está representado por la democracia. Tras siglos de no involucrarse en el tema de las formas de gobierno, el derecho internacional contemporáneo ha incorporado su defensa como parte de su *corpus* axiológico con creciente intensidad, especialmente a partir de mediados de los años ‘80 donde hace sus primeros pasos en el nivel regional americano.

Así, la publicidad de los tratados ya no es un asunto puramente técnico que afecta la capacidad de conocer de los Estados, sino parte de un ejercicio democrático enraizado en las necesidades de transparencia y rendición de cuentas que implica la vida democrática. Tal como lo señalaban en 2014 Thomas Carothers y Saskia Brechenmacher en su trabajo *Accountability, Transparency, Participation, and Inclusion. A New Development Consensus?* (p.2)

La rendición de cuentas, la transparencia, la participación y la inclusión representan encarnaciones vitales de la apertura política que se produjo en el trabajo del desarrollo en los años noventa. Unen tres comunidades de prácticas distintas que surgieron de esta nueva dirección: aquellas centradas en la gobernabilidad, la democracia y los derechos humanos.

La transparencia puede ser conceptualizada como “la disponibilidad de información sobre una organización o actor que permite a los actores externos monitorear el funcionamiento interno o el desempeño” (Meijer, 2013:430), y por consiguiente tiene como sujetos involucrados tanto al Estado como a los individuos, con fuertes impactos sobre la capacidad de la ciudadanía de ejercer el control democrático sobre el desempeño de sus gobernantes.

Por su parte, la importancia de la rendición de cuentas en el derecho internacional se ve claramente ya en los trabajos realizados sobre el tema por la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés) que a inicios del presente siglo se embarcó en un proyecto sobre la rendición de cuentas, afirmando en ese contexto que “en principio, [la rendición de cuentas está] vinculada a la autoridad y el poder (...) El poder implica la rendición de cuentas, que es el deber de rendir cuentas por su ejercicio” (International Law Association, 2004).

A partir de ambos conceptos, y en términos acordes al orden internacional, podemos sostener que, en la situación actual del orden social democrático, “correr el velo del secreto” (Davis 1998:121) implica un ejercicio transparente del poder, base para una correcta rendición de cuentas por parte de los gobernantes a una ciudadanía que cuente con los elementos necesarios para analizarla. Estamos frente a uno de los pilares básicos de la democracia que el derecho internacional contemporáneo defiende como forma de organización social del poder, y en ausencia de la cual -como se ha afirmado en reiteradas oportunidades desde la Conferencia de las Naciones Unidas de Viena de 1993 hasta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible- no es posible la promoción del desarrollo ni un efectivo disfrute de los derechos humanos.

6. Conclusiones

Algunos procesos de la gobernanza internacional ya han comenzado a moverse en la dirección de defender los valores de transparencia y rendición de cuentas en las negociaciones internacionales, reconceptualizando al “secreto” diplomático tradicional. El establecimiento de los *Major Groups* (grupos mayores) como partes de las ne-

⁸ A nivel regional, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 4) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 13).

gociaciones que tienen lugar en el marco de conferencias de las Naciones Unidas, puesto en marcha por la Convención de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, es una clara muestra de la tendencia a incorporar agentes no gubernamentales en los procesos de negociación internacional como refuerzo de su voz, pero también como “guardianes” de la apertura y publicidad de los debates y posiciones nacionales.

Los cambios que vemos en la gobernanza internacional global y regional en los últimos 25 años apuntan todos hacia la misma dirección: aumentar la transparencia y la rendición de cuentas. Dado que el derecho internacional público se nutre de las formas de la sociedad internacional cuya vida regula, es evidente que este tema impacta en la forma en que debe ser observado.

En el caso específico de la interpretación de tratados, y tomando como referencia al artículo 80 de la Convención de Viena y su estrategia jurídica de crear herramientas para hacer frente al secretismo diplomático en el campo del derecho convencional, se va haciendo cada vez más claro que la “razón de ser” del artículo sigue siendo la misma, pero su conceptualización y sujetos involucrados han cambiado.

Ya no es posible, y quizás tampoco conveniente en el marco de la regulación de los tratados internacionales, mantener la idea de que una diplomacia abierta se construye en contraposición a su forma secreta. Hoy la apertura supera los límites de ser una “negación del secreto” para ir más allá en una vía hacia la democratización de procesos, orientada tanto a fortalecer el derecho internacional en sí mismo, mejorar su (siempre) mal percibido funcionamiento, promover valores axiológicos propios de su forma contemporánea y habilitar las vías del disfrute de los derechos humanos y la promoción del desarrollo a través del fortalecimiento de una vida internacional democrática.

Nuestra comprensión es, entonces, la de aplicar la lógica establecida por la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales para el paso del tiempo en la interpretación de conceptos incorporados en los textos de los tratados que esté atenta a su vida internacional, a los cambios de sentidos y al tiempo en que las normas generales deben ser aplicadas a casos concretos. En esa dirección, defendemos aquí que:

1. La referencia que hace el inciso primero del artículo 80 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados cuando menciona “los tratados, después de su entrada en vigor” debe moverse temporalmente hacia adelante, para incorporar las etapas previas a la entrada en vigor, extendiéndose sobre todo el proceso que la misma Convención establece.
2. La referencia a la función de la Secretaría General de las Naciones Unidas de “registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación” debe extenderse a la promoción, y tal vez garantía, de la disponibilidad y asequibilidad de información que hagan transparente todo el proceso de construcción de un tratado.
3. La referencia que se realiza en el inciso 2º del mismo artículo, por la que se entiende que “la designación de un depositario constituirá la autorización para que éste realice los actos previstos en el párrafo precedente” habilita al depositario a requerir de los Estados negociadores, y pone en cabeza de ellos la obligación de proveer toda la información necesaria para transparentar el proceso negociador y promover una rendición de cuentas democrática sobre el proceso negociador seguido.
4. Para mantener la coherencia, y por los mismos motivos señalados, esa misma interpretación debe aplicarse, por vía de la intertemporalidad en la interpretación de tratados, al primer inciso del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.
5. La sanción por falta de registro que establece el segundo inciso del mismo artículo debe mantenerse, pero ahora aplicándose sobre la nueva extensión que resulta de la interpretación por actualización conceptual del primer párrafo.

Digamos finalmente que, a inicios de la década de 1960, aun antes de que la Convención de Viena fuese adoptada, autores como Wolfgang Friedmann y Juan Antonio Carrillo Salcedo afirmaban que se estaba produciendo un cambio en el derecho internacional desde un “derecho de la coexistencia a un derecho de la cooperación” (Friedmann, 1967) o de un “derecho internacional liberal a un derecho internacional social” (Carrillo Salcedo, 1963). La aceptación de esa realidad abrió al derecho internacional la posibilidad de nuevos campos temáticos (el derecho del

desarrollo) y para la reinterpretación de conceptos (el propio concepto de desarrollo se fue transformando en campo de disputa jurídica internacional).

Hoy, debemos aceptar que nos movemos de un derecho internacional “de la abstención sobre las formas de gobierno a un derecho internacional de defensa de la democracia”, y de un derecho internacional “de participación restrictiva a un derecho internacional de inclusión de actores”. El derecho internacional, espero, será cada vez menos un derecho puramente estatal, así lo exige la vida práctica de la sociedad internacional de nuestros tiempos. Reinterpretar las tradiciones a la luz de esta realidad que comienza a alumbrar es una apuesta por un futuro en favor de la democracia, el desarrollo, el disfrute efectivo de los derechos humanos y, no menos importante, por un derecho internacional público que no quede rezagado por la velocidad e intensidad de los cambios en el orden social global. A 50 años de su adopción, la Convención de Viena ya no puede ser idéntica a sí misma.

7. Bibliografía

- Aneek, Chatterjee (2010). *International Relations Today: Concepts and Applications*. Delhi: Pearson
- Carothers, Thomas y Brechenmacher, Saskia (2014). *Accountability, Transparency, Participation, and Inclusion. A New Development Consensus?* Londres: The Carnegie Endowment. Disponible en https://carnegieendowment.org/files/new_development_consensus.pdf
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1963) *Del derecho internacional liberal al derecho internacional social*. Granada: Publicaciones de la Escuela Social de Granada
- Davis, Jack (1998). “Access to and Transmission of Information: Position of the Media”. Deckmyn, Veerle y Thomson, Ian (Eds.) *Openness and Transparency in the European Union*, Maastricht: European Institute of Public Administration. 121-126.
- Diez de Velazco, Manuel (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- Dörr, Oliver y Schmalenbach, Kirsten (2012). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Heidelberg-Dordrecht-Londres-Nueva York: Springer
- Friedmann, Wolfgang (1967). *La nueva estructura del derecho internacional*. México D.F.: Trillas
- Guillermet Fernández, Christian y Fernández Puyana, David (2015). “The Principles of Transparency and Inclusiveness as Pillars of Global Governance: The BRICS Approach to the United Nations”. *BRICS Law Journal*, (2) 2. 7-24
- International Law Association (2004). “Final Report of the ILA Committee on the Accountability of International Organizations”, Berlin: ILA
- Jonsson, Christer (2002). “Diplomacy, Bargaining and Negotiations”. Carlsnaes, Waler; Risse, Thomas y Simmons, Beth (Eds) *Handbook of International Relations*, Los Ángeles-Londres-Singapur-Nueva Delhi-Washington: SAGE. 245-272
- Meijer Albert (2013). “Understanding the complex dynamics of transparency”. *Public Administration Review*, 73: 429-439.
- Miaille, Michel (1984). "Reflexão Crítica sobre o Conhecimento Jurídico. Possibilidades e Limites", en Plastino, C.A. (Coord.), *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal
- Naciones Unidas (1971). *Artículos sobre el derecho de los tratados con comentarios aprobados por la Comisión. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos oficiales, Documentos de la Conferencia, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969*. Nueva York: ONU

Wellmer, Albrecht (2013). Líneas de fuga de la modernidad. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica-Universidad Autónoma Metropolitana.

Wolkmer, Antonio Carlos (2017). Teoría Crítica del Derecho desde América Latina. Argentina-España-México: Ediciones Akal