

EL EFECTO EXTENSIVO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

NORMA MURILLO WANGNET
Universidad de Chile

No es nuevo el planteamiento de que muchas veces los efectos de los tratados internacionales, o mejor dicho, de ciertos tratados, alcanzan a un número mayor de sujetos que aquéllos que participan en el mismo, sin que sea posible atribuir a todos los casos la misma causa. Por ello nos hemos permitido utilizar aquí la expresión "efectos extensivos", pues en ella tienen cabida las diversas manifestaciones de este fenómeno que se produce cada vez más frecuentemente, ampliamente auspiciado en los múltiples foros en que la Comunidad internacional manifiesta expresa o tácitamente su intención de construir un sistema de Derecho Internacional Público semejante a los ordenamientos internos; en que el voluntarismo inmediato del primero, que tanto lo asemeja a la voluntad política, tome la distancia correspondiente a un verdadero orden jurídico, por la vía de llevar a los sujetos a efectuar una delegación amplia de sus potestades normativas en instancias superiores capaces de producir normas de carácter general y abstracto a cuyos efectos no les sea posible sustraerse por su solo arbitrio.

Sin embargo, esta expresión de deseos que cada día va adoptando más la forma de una pretensión, no ha podido, obviamente, partir de una imposición, toda vez que a ello se opondría tajantemente la condición intrínseca de igualdad soberana que define a los sujetos que se mueven en este ámbito; lo que, a su vez, impide desplazar al antiquísimo *pacta sunt servanda* de su sitio de piedra basal del sistema, como lo considera derechamente Anzilotti, por ejemplo, o pasando por las manifestaciones de voluntades coincidentes presupuestas en los usos constituidos en costumbres, en el predicamento de Kelsen y Guggenheim, entre otros.

Esta libertad, que en el curso de la historia siempre ha sido prerrogativa indiscutible de estos sujetos, que, incluso, hasta hace poco menos de medio siglo no reconocía otro límite que el de su propio potencial bélico, se muestra naturalmente reacia a todo intento de regulación coactiva externa a su voluntad. Y esto explicaría en parte el hecho de que todos los esfuerzos que se realizan para mediatizarla deben, necesariamente, tenerla en cuenta. A este respecto es ilustrativo recordar que, incluso, el revolucionario concepto de *ius cogens* surgido de los intentos moralizadores del Derecho Internacional Público, principalmente los realizados por Verdross, no ha podido, sin embargo, adquirir normatividad jurídica por la sola importancia de sus contenidos. De tal manera que el propio artículo 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, que ha venido a positivarlo en forma indiscutible, lo

restringe a su ámbito (para los efectos de la presente Convención...) y admitiendo (en estos términos) el carácter imperativo de sus normas únicamente por el hecho de provenir de la aceptación y el reconocimiento de la "comunidad internacional de Estados en su conjunto..."

Es, por tanto, esta necesidad de develar la voluntad real y manifestada de cada sujeto, ya que en este campo no operan los mecanismos de representación del derecho interno, basado en las Constituciones (y no obstante los loables intentos de los monistas), lo que determina que la evolución del sistema internacional público hacia un grado de objetividad que le permita crear normas suficientemente despegadas de la posibilidad de un manejo subjetivo -particular arbitrario-, no ha encontrado mejor expediente hasta el momento que tomar como centro de referencia a los tratados, continente indiscutible del *pacta sunt servanda*, para, a través de su estudio y, especialmente, mediante la observación y determinación de sus efectos, tratar de explicar el porqué cada día más Estados se ven obligados a determinados comportamientos o prestaciones a que no se han sometido formalmente. Y la situación correlativa también es interesante, por cuanto cada vez más Estados que no son Partes de un tratado, invocan sus disposiciones como fundamento de sus pretensiones.

En este punto cabe preguntarse: ¿Es que la relatividad característica de los efectos de estos instrumentos está experimentando en este momento alguna suerte de transformación, en términos generales o referida a ciertas disposiciones y/o a determinados tipos de tratados?

La respuesta no es sencilla, pues las situaciones que se han sometido a los criterios de la doctrina y la jurisprudencia son, naturalmente, todas diferentes respecto de sus elementos objetivos y, aun en los casos en que genéricamente pudiere encontrarse algún tipo de coincidencia entre ellos, son distintos los criterios con que han sido evaluadas.

Las elaboraciones más interesantes y completas se han realizado en el curso de los estudios destinados a establecer las estrechas relaciones que surgen entre los tratados y el derecho consuetudinario, algunas de las cuales despejan suficientemente cualquier duda que pudiere suscitarse en torno a la verdadera fuente de los derechos y obligaciones dimanantes de un tratado, pero que, bajo determinadas circunstancias, pudieren constituir a Estados terceros en sujetos activo o pasivos de los mismos.

El denominado "efecto generador de derecho consuetudinario de los tratados", serviría en estos casos para establecer los límites entre lo que genuinamente son los efectos para las Partes, propios del instrumento, y aquello en que éste hubiere motivado a otros sujetos a realizar las conductas previstas en sus disposiciones, con características tales que, en definitiva, los lleve a verse vinculados mediante la creación de normas de costumbre.

Refiriéndose a esta materia, Jiménez de Aréchaga comenta cómo ciertas disposiciones de tratados multilaterales o incluso propuestas en conferencias diplomáticas y, más aún, algunas Declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, que han logrado un alto grado de apoyo, llegan a convertirse en modelo de la conducta subsiguiente de los Estados, con tanta fuerza de persuasión que su práctica se ha visto atraída hacia dichas disposiciones de tal manera y con tanta generalidad que, dado el caso, ha podido concluirse que dicha práctica arraiga efectivamente en una *opinio juris* compartida; dando por resultado la formación y acatamiento a una norma de derecho consuetudinario que los obliga en tal carácter e independientemente de la circunstancia de que lleguen o no a formar parte del tratado en cuyo contexto ha tenido su origen la regla.

Asimismo, la Corte Internacional de Justicia ha manifestado sus criterios al respecto, con ocasión de diversos litigios en los que le ha correspondido evaluar prácticas, como ha sido el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, en el que, si bien no aceptó las argumentaciones de Dinamarca y los Países Bajos, en cuanto a que la regla de la equidistancia contenida en el artículo 61 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, se había convertido ya en 1969 en una norma del Derecho Internacional general, no lo hizo por desconocer que la mencionada Convención podía producir el efecto creador de derecho general invocado, sino que, en atención al carácter de la referida regla, que es subsidiaria de la obligación primaria de efectuar la delimitación mediante acuerdo y sujeta, además, a excepciones, en circunstancias calificadas. Asimismo, el Tribunal estimó que la práctica posterior de los Estados no era concluyente ni suficiente.

También en las sentencias de 1974, relativas a los asuntos de las Pesquerías islandesas, la Corte manifestó su criterio positivo frente a la transformación que puede experimentar una regla que fue convencional en su origen, pero que por su alto grado de aceptación y desarrollo posterior a través de la práctica, llega a convertirse en general.

Pero, en los casos reseñados, así como en la opinión de la mayoría de los tratadistas, queda claro que, aunque se considera indiscutible que los tratados, además de sus efectos relativos, poseen también un poder generador de derecho internacional general, este último queda limitado a ser el punto de partida para la creación de normas de derecho consuetudinario, en la medida en que se den los demás elementos constitutivos de la costumbre.

En estos casos sería evidente, pues, que no serían los efectos propios el tratado en cuestión, entendidos como los derechos y obligaciones que han contraído voluntariamente los participantes, los que alcanzarían a Estados que no han dado consentimiento alguno, sino que sería la propia voluntad de estos terceros, recogida a través de la *opinio juris* y la consuetudo, la verdadera fuente de su vinculación: vale decir, la costumbre jurídica y no el tratado.

Sin embargo, no en todas las situaciones en que un Estado estima haberse visto alcanzado por los efectos de un tratado del que no es Parte, se puede apreciar este efecto generador de derecho consuetudinario de los tratados con tanta nitidez. Porque, ¿qué ocurre cuando no ha transcurrido el tiempo suficiente? ¿O no es posible determinar la uniformidad de la práctica o la existencia de la *opinio juris*?

Aunque el primero de los elementos anotados se ha relativizado considerablemente, el nacimiento de una norma de puro origen consuetudinario sigue requiriendo el tiempo necesario para poder apreciar en un debido contexto histórico la concurrencia de los restantes, ya que resulta prácticamente imposible desprender, por ejemplo, *opinio juris* de una práctica insuficiente. Y en este tipo de situaciones, para determinar la suficiencia de las prácticas es indispensable la correlación temporal de los actos, pues, al no existir como punto de partida una propuesta claramente identificable, no es verosímil que se den prácticas uniformes en distintos lugares, cuyo número y simultaneidad pueda sustituir al transcurso del tiempo para este efecto.

* En este caso se trató de una propuesta sometida en la Conferencia sobre el Derecho del Mar de 1960, relativa a la anchura del mar territorial y al alcance de la competencia en materia de pesquerías, que no se adoptó por defecto de un voto.

No obstante, cuando se invoca la existencia de una regla de costumbre producida por el efecto generador de derecho consuetudinario de un tratado^{**}, algunos autores admiten que, concurriendo los requisitos de generalidad y simultaneidad de las prácticas, podría considerarse como una costumbre instantánea que no ha requerido del transcurso del tiempo para cristalizar.

La Corte Internacional de Justicia, sin embargo, no ha recogido esta doctrina de la costumbre instantánea, pero habría estado llana a admitir que en estos casos es posible disminuir considerablemente su tiempo de formación. En la sentencia sobre la Plataforma Continental del Mar del Norte de 1969, expresó que cuando se trata de la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario a partir de lo que originariamente sólo era una norma convencional, el transcurso de un período de tiempo reducido no constituye un impedimento.

En estos casos, es dable observar, pues, que el tratado no sólo ha sido la fuente de una propuesta específica para los terceros interesados en recogerla, sino que, además, ha pasado a influir directamente sobre uno de los elementos que la harán cristalizar en costumbre: el tiempo.

Del mismo modo, este efecto generador de nuevas fuentes de reglas, de los tratados, se ha manifestado con características propias, cuando se ha necesitado establecer *opinio juris* en aquellos casos en que la influencia de las disposiciones del instrumento convencional en cuestión sólo sería indubitable para ciertos estados y no para otros, con cuya concurrencia se satisfaría el requisito de generalidad requerido para crear la norma de costumbre.

Respondiendo a la pregunta de Tunkin respecto a cuál sería la situación si la *opinio juris* solamente se hubiere formado en algunos de los Estados que no son partes en el convenio, mientras otros todavía se muestran remisos, Jiménez de Aréchaga se remite al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, expresando que si un Estado ha reconocido la regla en cuestión (en su correspondencia diplomática o en cualquiera otra forma) ésta podrá serle aplicable antes de que llegue a ser una norma generalmente aceptada del Derecho internacional consuetudinario.

Pero, respecto de estos casos, y atendida la disposición en comento, no aparece tan claro que puedan ser referidos al efecto generador de derecho consuetudinario, ya que en ellos han mediado actos unilaterales de reconocimiento, que aunque se hayan producido en forma independiente, al resultar coincidentes pasan a crear entre estos terceros un verdadero pacto nuevo.

Esta idea, aunque cercana, no tiene nada que ver con la ya superada opinión del pacto tácito que se sustentaba respecto de la costumbre, toda vez que aquí, claramente, no es la norma consuetudinaria (que aún no ha nacido) la que obliga, sino que son las manifestaciones de voluntad de distintos Estados que han coincidido en el mismo propósito: reconocer efectos a una convención de la que no son Partes.

Por consiguiente, el efecto que el tratado habría producido en estos casos, no sería propiamente aquél generador de derecho consuetudinario que ya se encuentra suficientemente reconocido, sino que uno distinto, capaz de crear nuevo derecho convencional.

Esta nueva vertiente, aunque muy rica en posibilidades, puesto que no sólo puede relacionar jurídicamente a Estados ajenos a la convención entre ellos, sino que

^{**} Lo mismo si ha nacido de una propuesta que haya obtenido un alto grado de aceptación en una Conferencia internacional, o de una Declaración.

además puede hacerlo entre estos terceros y los propios miembros del Tratado, no resulta, sin embargo, fácil de explorar. O, al menos, puede presentar muchísimas más aristas que la referente a los efectos generadores de derecho consuetudinario, que la propia Corte Internacional de Justicia estima de no ordinaria ocurrencia.

En efecto, ya la *opinio juris* inducida de las prácticas aparece como un elemento esquivo de aprehender, por cuanto no basta para construirla que sea indudable la coincidencia de los sujetos en cuanto a querer realizar los actos de que se trata, sino que, además, debe constar que esta voluntad obedece a la convicción de estar cumpliendo un imperativo jurídico. Pero, es también en esa medida, que se delimita el o los efectos del tratado que van a constituir el núcleo de la correspondiente regla de costumbre.

Por consecuencia, queda claro que la normatividad jurídica en estos casos está referida únicamente al o los contenidos de la Convención que los sujetos revelan querer plasmar en norma consuetudinaria, toda vez que con quién o quiénes desean hacerlo, aparecerá necesariamente de las circunstancias de la práctica.

Sin embargo, las consideraciones anteriores, que también pueden aplicarse referidas al efecto generador de nuevos pactos que puede provocar una convención, cuando éstos se produzcan exclusivamente entre Estados terceros, no satisfacen la hipótesis relativa a que estos nuevos pactos también puedan tener lugar con los Estados Partes de ella.

En este punto resulta, sin embargo, muy reveladora la actitud adoptada en la demanda que se presentó contra Francia en la Corte Internacional de Justicia, por los ensayos nucleares que este país realizaba en la atmósfera. Los demandantes se basaron en el tratado de prohibición de pruebas nucleares, de Moscú, de 1963, del que eran Partes 106 Estados, algunos de los cuales pretendieron hacerlo aplicable a dicho país, que no sólo no lo había reconocido, sino que, además, siempre había demostrado su oposición al respecto. Aunque la Corte no tuvo oportunidad de pronunciarse en el fondo, del solo planteamiento que se realiza en la demanda, aparece que los Estados Partes de una convención que ha generado un importante efecto creador de derecho consuetudinario, como lo ha sido aquélla, no tienen reparos en pretender que dicho efecto pueda invocarse contra un Estado que no sólo no ha contribuido a su formación con su consentimiento específico, sino que, además, se ha opuesto a ella: de lo que se colige que, con mayor razón están llanos a considerar obligado al tercero cuando éste sí ha reconocido la obligación convencional de que se trata.

No obstante, no hay ejemplos de situaciones inversas, vale decir de pretensiones que puedan tener estos terceros en orden a que los miembros del tratado lo cumplan respecto de ellos. Es evidente que en esta hipótesis, los Estados Partes puedan encontrarse colocados en una posición ambivalente, en la que no opongan objeciones cuando se trate de sus propias pretensiones respecto del tercero aprobante (o incluso renuente, como se vio en el caso antes relatado), pero que, en cuanto a sus obligaciones con este mismo tercero, se vean en la tentación de asilarse en los efectos relativos del Tratado.

Esto nos conduce a examinar otro aspecto, que también se ha discutido con ocasión del efecto generador de derecho consuetudinario, y dice relación con la naturaleza de la disposición convencional capaz de generarlo; ya que hay un cierto consenso en cuanto a que no todas las del tratado lo producen.

Sin embargo, en dicho contexto, ésta no ha parecido ser una cuestión trascendental, atendidos los criterios de la Corte Internacional de Justicia y de la mayoría de los autores, que exigen la concurrencia de todos los requisitos de la costumbre para que

la regla convencional que la inspira cristalice efectivamente como tal. Y en esa medida, la *opinio juris* y la consuetudo darán debida cuenta del carácter de la disposición y los términos en que ha sido recogida.

Pero es interesante traer a colación aquí las expresiones del profesor Giuseppe D'Amatto, transcritas por Jiménez de Aréchaga, quien, analizando la sentencia de 1969, sobre la Plataforma Continental del Mar del Norte, señala que "todo lo que hay que tener en cuenta para saber si la disposición de un tratado origina derecho internacional consuetudinario, es lo que podemos deducir a la vista del tratado. Si el tratado expresa la intención de que una de sus disposiciones cree este derecho consuetudinario, esta intención manifiesta es decisiva".

No obstante la poca influencia que esta opinión ha tenido en el contexto señalado, pues, aunque la Corte ha prestado particular atención a ese "carácter creador de normas" de las disposiciones que se invocan con tal propósito, ha considerado, como se ha dicho, que éste sería sólo un primer requisito, que debe ir necesariamente acompañado del cumplimiento de los otros, es indudable que cobra plena validez cuando se trata de la generación de nuevo derecho convencional.

En efecto, en esta última secuencia, el carácter de la norma, tal como se revela en su formulación en la estructura del tratado, globalmente considerado, es fundamental para los efectos que surtirá para el miembro de la Convención que pasará a formar Parte de este nuevo convenio; no así para el no miembro, toda vez que éste los delimitará a través de los términos de su reconocimiento.

Tratándose, pues, del Estado miembro de la Convención que generará este efecto creador de nuevo derecho convencional, resulta desde todo punto de vista evidente que no sería atinado pretender que realice en cumplimiento del pacto nuevo, que ha debido asumir por la aprobación del tercero, los mismos comportamientos y prestaciones específicas a que se ha comprometido con el resto de los participantes en la Convención generadora, ya que a este respecto es clara la relatividad de su compromiso.

En consecuencia, pues, este efecto generador de nuevo derecho convencional no está referido a los comportamientos ni prestaciones específicas comprometidas mediante el Tratado original, ya que éstos sólo son exigibles entre sus Participantes, de modo que quienes las pretenden deben incorporarse en tal calidad cuando así sea posible, siendo la adhesión la figura idónea para tal propósito.

Este efecto apunta, por lo tanto, a las cuestiones de principio que sustentan los compromisos específicos asumidos por las Partes y que dan cuenta de una forma de ser y de proceder que perfectamente puede ser invocada por el Estado no parte del Tratado que la ha reconocido en sus relaciones con las Partes.

Es por ello que este efecto generador de nuevo derecho convencional no es producido por cualquiera disposición del tratado, sino solamente por aquéllas que poseen este carácter. Y en estos términos, las disposiciones en cuestión pueden considerarse especies de ofertas que devendrán en pactos con la aceptación del tercero, que se manifiesta a través del reconocimiento.

Aunque no está suficientemente estudiado el tipo de preceptos que puedan llegar a dar cuenta de esta suerte de posicionamiento que hace un Estado frente a la comunidad internacional, es indudable que deban ser de aquéllos que, aunque se hacen públicos por obra de un Tratado destinado como tal a surtir sus efectos entre las Partes, le significan al mismo tiempo asumir frente a todos los estados una identidad que los induzca a pretender que los mantendrá invariablemente en todas sus eventuales relaciones.

Un ejemplo que se nos viene a la mente sería el articulado del Título Octavo del Libro IV del Código de Derecho Internacional Privado anexo a la Convención de La Habana de 1928 en que todos los Estados Partes que lo contemplen en su legislación, se comprometen a aceptar la interposición del recurso de casación en el fondo o la institución correspondiente, por la infracción de interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional.

Aunque no se declara, es evidente que el compromiso obedece a que las Partes consideran al derecho extranjero como un derecho y no como un hecho, posesionándose a este respecto en el lado de la doctrina que así lo sostiene. Y, por consiguiente, no aparece razonable que los mismos pudieren llegar a considerar al Derecho de los Estados que no son Partes, como de naturaleza fáctica.

En este caso, pues, el efecto creador de nuevos pactos de la mencionada disposición, generaría, indudablemente, una propuesta a considerar al Derecho extranjero como derecho: que al coincidir con la aprobación de un tercero daría lugar a la nueva convención.

Finalmente, y sin pretender con esto haber agotado el tema, es muy interesante destacar que también hay ciertas disposiciones de ciertos tratados que extienden sus efectos, entendidos como los compromisos específicos adquiridos por las Partes, a terceros con cuya aprobación ni siquiera se cuenta; pero cuya normatividad es innegable por la consecuencia jurídica que trae aneja su inobservancia.

Ejemplos de esta clase lo constituirían numerosas disposiciones de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, en las que se expresa claramente que se aplicarán a todos los Estados, sean o no Partes, desprendiéndose de su formulación dentro de la estructura de la mencionada convención, considerada como un todo, incluidos sus mecanismos coactivos y la factibilidad de su utilización, que aquí se trata de un verdadero efecto *erga omnes*, pues la fuente de la obligación para los terceros es el mismo Tratado constitutivo de esta Organización, y no una regla consuetudinaria o convencional, que hubiere derivado de su efecto generador de otras fuentes.