

COMENTARIOS SOBRE LA NEGOCIACIÓN Y LA ADOPCIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES Y MULTILATERALES RESTRINGIDOS

Rafael CASADO RAIGÓN

1. Como señaló el profesor Charles Rousseau¹, "le traité international est conclu à la suite d'une procédure complexe, car il est lui-même un acte complexe". De las distintas fases que pueden distinguirse en dicho procedimiento (o proceso), la más interesante, ya que supone la elaboración material del tratado, es la de la *negociación*; sin embargo no existen, particularmente en las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986, normas que regulen este primer momento de la celebración de un tratado². En general, la negociación se lleva a cabo mediante el intercambio de puntos de vista, presentándose propuestas y contrapropuestas, discutiendo los puntos más conflictivos en orden a llegar a un entendimiento o buscando acercar las posiciones sobre puntos concretos, y todo ello con la finalidad de elaborar un proyecto de acuerdo, que es lo que pasa a una fase ulterior³.

La elaboración de ese proyecto de acuerdo, sin embargo, no siempre se logra. Como ha escrito el profesor Antonio Remiro⁴, muchos son los factores que influyen en el éxito o fracaso de una negociación; entre otros, su adecuada

1. *Droit international public*, Tome I, *Introduction et Sources*, Paris 1970, p. 75.

2. Las Convenciones de 1969 y 1986 sólo hacen alusiones indirectas a la negociación: arts. 2.1.c, 12.1.c, 14.1.d. Véase un comentario al respecto, con referencia a la C.D.I., en ROSENNE, Shabtai: "Treaties, Conclusion and Entry into Force", en E. of P.I.L., 7, Amsterdam 1984, p. 465.

3. MARESCA, Adolfo: *Il Diritto dei Trattati. La Convenzione codificatrice di Vienna del 23 maggio 1969*, Milano 1971, p. 133.

4. *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Madrid 1987, p. 74.

preparación previa, el sincero deseo de llegar a un acuerdo y no, simplemente, hacer de la negociación plataforma de propaganda, la imperiosidad de satisfacer el objetivo marcado, los recursos con los que se cuenta para ofrecer contrapartidas en la misma o en otra área; la influencia benéfica o maléfica de terceros, los vínculos ideológicos, políticos, económicos, humanos, culturales o históricos existentes entre los negociadores y hasta las relaciones personales entre los más altos dirigentes políticos.

Algunos de estos factores van a colocar a las partes de la negociación en una situación de desigualdad material⁵. Piénsese en los "tratados-contratos" o en los tratados bilaterales, como excelentes medios para los negocios jurídicos entre sujetos de D.I.⁶; la imperiosa necesidad de conseguir un determinado producto del que carece un Estado negociador, puede conducir al otro a exigir una contraprestación excesiva que el primero no tenga más remedio que consentir. De esta forma, la voluntad del Estado va a estar condicionada por una situación de hecho.

2. En cualquier caso, la negociación ha de desarrollarse en el respeto del *principio de la buena fe*⁷. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en las sentencias de 20 de diciembre de 1974 en los asuntos de los *ensayos nucleares*, "one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith"⁸. En su aplicación a la negociación, este principio implica una obligación de comportamiento que se traduce, ante todo, en un no hacer: no mentir, no engañar, no dañar; por lo tanto, la lealtad, la sinceridad y la confianza mutua deben presidir toda negociación internacional.

Ahora bien, determinar o probar que un negociador ha actuado de mala fe es una cuestión complicada: hay que demostrar que se ha tenido la intención de engañar. En la delimitación de una plataforma continental, por ejemplo, la utilización por un Estado de una carta geológica falsificada o errónea no basta

5. Vid. L. CAFLISCH: "Unequal Treaties", *German Yearbook of International Law*, 35, 1992, pp.52 ss.

6. Vid. CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Madrid 1991, pp. 106 ss.

7. Vid. T. HASSAN: "Good faith in Treaty Formation", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 21/3, 1981, pp.443 ss.

8. *I.C.J. Reports 1974*, pp. 268 y 473. El subrayado es mío.

para establecer su mala fe; dicho Estado puede haberlo hecho en la ignorancia, en la creencia de que era la correcta, es decir, de buena fe.

Por otra parte, la aplicación del principio encuentra mayores dificultades desde el momento en que el Derecho internacional no impone a las partes en una negociación la obligación de entenderse, de llegar a un acuerdo. De esta forma, en cualquier negociación, una parte puede pedir 90 a cambio de 10, sin ceder mínimamente en su posición. Aunque esté fuera de lo razonable y obstaculizadora de todo entendimiento o acuerdo, dicha actitud no implica mala fe, ya que no hay engaño: es como con las lentejas.

De todas formas, probada la mala fe de un negociador, surgiría su responsabilidad internacional y, en caso de celebrarse el acuerdo, la validez del mismo quedaría en entredicho. Aunque no definen el principio de la buena fe, las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, en cambio, sí prevén la consecuencia que puede tener un tratado negociado en violación del principio; así, la conducta fraudulenta de un sujeto negociador (dolo) y la corrupción del representante de un sujeto, efectuada directa o indirectamente por otro sujeto negociador, van a poder alegarse, en virtud de sus artículos 49 y 50, como causas de nulidad del tratado.

Por lo tanto, si se tiene en cuenta que la corrupción del representante, desde un punto de vista técnico, no es un vicio del consentimiento autónomo sino una forma de dolo⁹, la buena fe, como principio que rige la negociación de un tratado, se descifra en la ausencia de dolo. Como se ha señalado, el dolo supone una "mauvaise foi caractérisée"¹⁰. Si bien la Comisión de Derecho Internacional no definió el dolo, para caracterizarlo de un modo general empleó la expresión "conducta fraudulenta", expresión que "tiene por objeto comprender toda declaración falsa, toda presentación inexacta de los hechos y otros procedimientos engañosos por los cuales se induzca a un Estado a manifestar en un tratado un consentimiento que, de no ser así, no habría manifestado"¹¹. ¿Es la mala fe, en función de esta caracterización del dolo, una figura más amplia?

Es evidente que, con cualquiera de esos procedimientos engañosos, el principio de la buena fe resulta infringido. Si seguimos esa caracterización, no

9. Vid. v.gr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: *El Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid 1980, pp. 76-77.

10. Elisabeth ZOLLER: *La bonne foi en Droit international public*, Paris 1977, p. 50.

11. *Anuario C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 268.

habría dolo (o, si se quiere, habría un dolo no consumado) en el supuesto de que no se concluyera el tratado o de que no se manifestara el consentimiento; ello no impide, sin embargo, si resulta probado el engaño, que se declare la mala fe. Por otra parte, una mala fe que no se tradujera en hechos objetivos no sería constitutiva de dolo: para que exista dolo es necesario la existencia de un engaño materializado... o de una declaración falsa o de una presentación inexacta de los hechos. Es posible, consecuentemente, que la mala fe quede sin traducirse y constituya simplemente una disposición psicológica, una intención; pero el caso, por ejemplo, de que un Estado machine presentar una situación inexacta para sacar un provecho aunque sin desarrollarla en la práctica, ¿qué consecuencias jurídicas tiene? El pensamiento no paga aduana.

Se concluya o no el tratado, el mayor problema es el de la prueba del dolo o de la mala fe: no basta con demostrar que la declaración no se ajusta a la verdad; además, es necesario probar que con tal declaración se ha tenido la *intención* de engañar. Ahora bien, en el supuesto del dolo, probar la intención *puede* ser algo meramente formal; esto es, se pruebe o no dicha intención, la consecuencia *puede* ser la misma si se aceptara el *error* (artículos 48 de las Convenciones de 1969 y 1986) como causa o como vicio del consentimiento para dar por nulo un tratado. En cambio, respecto de la buena fe en el supuesto de que el tratado no se concluyera, probar la intención no es algo meramente formal o académico¹².

3. Las dificultades que hemos venido poniendo de manifiesto en la aplicación del principio de la buena fe encuentran un atenuante con un *pactum de negotiando* o *de contrahendo*, esto es, con la existencia de un acuerdo previo en virtud del cual dos o más Estados se comprometen a abrir

12. El artículo 15, párrafo a), del proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados elaborado por la C.D.I. establecía, en una clara aplicación del principio de la buena fe, que los Estados estarán obligados a abstenerse, en tanto duren las negociaciones, de la realización de actos encaminados a malograr el objeto del tratado que se negocia. En su comentario, la C.D.I. reiteró que ese párrafo a) se refiere a la etapa en que un Estado ha convenido simplemente entablar negociaciones para concertar el tratado propuesto (vid. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (A/CONF. 39/11/Add.2, p. 23), Proyecto de artículos con sus comentarios aprobado por la C.D.I. en su 18º período de sesiones). En la Conferencia de Viena, sin embargo, muchas delegaciones pusieron de manifiesto que ese párrafo obligaría a recurrir a criterios subjetivos para poder determinar los actos que son susceptibles de malograr el objeto del tratado: si el contenido del tratado no se conoce aún, parece prematuro hablar de un acto tendente a frustrarlo (vid. A/CONF. 39/11, p. 107 ss.)

negociaciones en orden a regular por tratado un problema determinado¹³. Advirtase, sin embargo, que ese pacto no implica la obligación de concluir un tratado. Como dijo la Corte Permanente en el asunto del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, "il est permis de considérer que l'engagement des deux Gouvernements... n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords... Mais l'engagement de négocier n'implique pas celui de s'entendre, et notamment il n'en résulte pas pour la Lithuanie l'engagement et, en conséquence, l'obligation de conclure les accords..."¹⁴. Así se desprende claramente, por otra parte, del laudo arbitral dado en el caso del *Lago Lanoux*: la obligación de negociar impuesta por un *pactum de contrahendo* no implica la de llegar a un acuerdo¹⁵.

En cualquier caso, y como ha señalado Elisabeth Zoller, el *pactum de negotiando* contiene siempre la obligación de negociar, obligación que ha sido precisada por la jurisprudencia internacional exigiendo que las negociaciones sean conducidas de buena fe¹⁶. Así, en los asuntos de la *plataforma continental del mar del Norte*, la Corte Internacional de Justicia ha observado, ante la existencia de un previo compromiso de negociar, que "the parties are under an obligation to enter into negotiations with a view to arriving at an agreement, and not merely to go through a formal process of negotiation as a sort of prior condition for the automatic application of a certain method of delimitation in the absence of agreement; they are under an

13. Vid. E. ZOLLER, op. cit., pp. 59 ss. Igualmente, MIAJA DE LA MUELA, A.: "Pacta de contrahendo en Derecho Internacional Público", en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje a D. Antonio de Luna*, Madrid 1968, pp. 244 ss.; MARION, L.: "La notion de *pactum de contrahendo* dans la jurisprudence internationale", en la R.G.D.I.P. 1974-2, pp. 351 ss., y BEYERLIN, U.: "*Pactum de contrahendo, pactum de negotiando*", en E. of P.I.L., 7, 1984, pp. 371 ss. Advirtase que la doctrina, frecuentemente, distingue estas dos categorías de pactos. Como, por ejemplo, ha señalado Grigore GEAMANU ("Theorie et pratique des négociations en Droit international", R.C.A.D.I. 1980-I, p. 433) remitiéndose a Georg DAHM (*Völkerrecht*, Stuttgart 1961, vol. III, p. 67), "dans le cas d'un *pactum de negotiando*, l'obligation des parties est celle de négocier de bonne foi sans qu'elles soient obligées à conclure le traité, tandis que, en conformité avec un *pactum de contrahendo*, les parties doivent faire des efforts pour conclure le traité prévu par la clause ou de toute façon arriver à une autre réglementation".

14. Opinión consultiva de 15 de octubre de 1931. C.P.J.I., *Série A/B*, n° 42, p. 12.

15. Vid. MIAJA, A.: op. cit., p. 264.

16. E. ZOLLER: op. cit., p. 60.

obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification of it"¹⁷. Más concreta y expresamente, en los asuntos de la *competencia en materia de pesquerías*, la Corte ha considerado¹⁸ que la tarea de las partes en presencia será "to conduct their negotiations on the basis that each must in good faith pay reasonable regard to the legal rights of the other"¹⁹.

Por lo tanto, con un *pactum de negotiando* ya no están permitidas actitudes no razonables u obstaculizadoras de todo entendimiento o posturas que no tengan mínimamente en cuenta los derechos o intereses de la otra parte o que no contemplen modificación de la propia posición original. Además, para la prueba de la mala fe, ya no es necesario entrar en consideraciones de carácter subjetivo: no hace falta demostrar que al negociador no le anima una intención recta. En el *pactum de negotiando*, la buena fe se traduce en una serie de actitudes objetivas, lo que hace que sea más fácilmente apreciable²⁰. En un caso dado, y teniendo en cuenta el objeto que se negocia y la situación en la que se negocia, *lo que debe probarse es si el comportamiento negociador tiene sentido o presenta un carácter razonable en relación al objetivo o finalidad de toda negociación*, esto es, el de llegar a un acuerdo.

En todo caso, mediando un *pactum de contrahendo* hay algo más que una simple obligación de comportamiento. Así, en su dictamen de 8 de julio de 1996 sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, la CIJ, refiriéndose a la obligación de negociar recogida en el artículo VI del tratado de no proliferación de las armas nucleares, ha señalado que el alcance legal de dicha obligación va más allá de la mera obligación de observar una conducta; "*the obligation involved here is an obligation to achieve a precise result -nuclear disarmament in all its aspects- by adopting a*

17. Sentencia de 20 de febrero de 1969. *I.C.J. Reports* 1969, p. 47.

18. En estos casos, la obligación de negociar emanaba de la naturaleza misma de los respectivos derechos de las partes. Vid. *I.C.J. Reports* 1974, pp. 32 y 201.

19. *I.C.J. Reports* 1974, pp. 33 y 202. En el laudo del lago Lanoux, el tribunal arbitral señaló que negociar de buena fe significa "prendre en considération les différents intérêts en présence, chercher à leur donner toutes satisfactions compatibles avec la poursuite de leurs propres intérêts et montrer... un souci réel de concilier les droits de l'autre riverain avec les leurs propres" (vid. R.G.D.I.P., 1958, p. 116).

20. En este sentido, ZOLLER, E.: op. cit., p. 68.

particular course of conduct, namely, the pursuit of negotiation on the matter in good faith"²¹

Creo, no obstante, que la constancia de la mala fe estará en relación con supuestos extremos, ya que en otros no dejará de ser muy difícil su prueba²². A pesar de ello, la buena fe, especialmente cuando exista un *pactum de negotiando*, impone un interesante límite a la voluntad del Estado en la medida en que le obliga, en el curso de una negociación, a no adoptar posiciones obstaculizadoras o no constructivas.

4. Supone, por otra parte, un relativo debilitamiento de la voluntad omnipresente del Estado el hecho frecuente de llegar a ser parte de tratados en cuyo proceso de celebración no se ha participado, o, aún más, el hecho de que un número reducido de Estados se reserve la negociación del tratado y, una vez acordado el texto, se ofrezca a otros para su adopción y autenticación, lo que ha sucedido, por ejemplo, en materia de desarme nuclear, donde, como se ha apuntado²³, las grandes potencias atómicas se han valido de su particular responsabilidad para polarizar la negociación.

Los supuestos aludidos lo pueden ser tanto de tratados multilaterales con una gran participación como de tratados también multilaterales pero con un reducido número de negociadores o de partes. Pues bien, aunque se trate de un tratado multilateral (lo que equivale a decir que vincula a más de dos sujetos), si ha sido negociado o adoptado por tres, cinco u ocho Estados, el tratado, en su elaboración, se asemeja más a uno bilateral que a otro, también multilateral, en cuya formación hayan participado más de cincuenta Estados, por ejemplo.

La elaboración del tratado en un marco bilateral o cuasi bilateral es completamente diferente a su formación en un foro universal, cuasi universal o "medio" universal. Independientemente de que el tratado multilateral, y espe-

21. *I.C.J. Reports 1996*, p. 264, par. 99; el subrayado es mío. El citado artículo VI establece que "Cada Parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional"

22. La actitud británica en las negociaciones con España respecto de Gibraltar es un buen ejemplo al respecto.

23. REMIRO, A.: op. cit., p. 73.

cialmente el de amplia participación, sea de aparición relativamente reciente²⁴, varían enormemente en unos casos y en otros tanto la negociación y adopción del texto del tratado como su entrada en vigor después de la constancia de los consentimientos requeridos. La negociación bilateral, por ejemplo, suele permanecer en secreto, a diferencia de la multilateral de amplia participación, donde la publicidad es una de sus características. Por otra parte, la entrada en vigor de un tratado con esta última particularidad rompe totalmente el esquema tradicional del tratado bilateral.

Por lo tanto, la distinción entre tratados bilaterales y multilaterales y, dentro de estos últimos, la distinción entre tratados de escasa y de gran participación, no es en absoluto gratuita o meramente didáctica. Tanto en la C.D.I., al preparar el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, como en la Conferencia de Viena, hubo debates y propuestas sobre la distinción entre distintos tipos de tratados y, en particular, sobre la definición de "tratado multilateral general"²⁵. Para caracterizar a este último, se utilizaron tanto un criterio cuantitativo basado en un principio de universalidad ("todos los Estados tienen derecho a participar en él") como un criterio cualitativo basado en la materia regulada ("tratado referente a normas generales de Derecho internacional o a cuestiones de interés general para todos los Estados"). Sin embargo, ni en la Comisión ni en la Conferencia pudo adoptarse norma específica sobre esta cuestión²⁶.

5. En todo caso, son numerosas las disposiciones de las Convenciones de 1969 y de 1986 que se refieren expresamente a tratados multilaterales y a bilaterales o a "tratados con un reducido número de Estados negociadores"²⁷. No obstante, en lo que se refiere a la importante cuestión de la norma que ha de regir la votación por la cual se adopta el texto de un tratado, dichas convenciones (art. 9), curiosamente, no distinguen los tratados en función del número de Estados u Organizaciones internacionales negociadores

24. Vid. por ejemplo, CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid 1991, pp. 27 ss.

25. Vid. un resumen en DE LA GUARDIA, E., y DELPECH, M.: *El Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires 1970, pp. 38 ss.

26. Incluso, sobre la concreta participación en la Convención de Viena de 1969, su artículo 81 no establece, al menos formalmente, que la misma esté abierta a la firma de todos los Estados, lo que ha sido corregido en posteriores convenciones de codificación, como por ejemplo en la Convención de Viena de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados o en la de 1986 sobre el Derecho de los tratados entre Estados y OO.II. o entre OO.II.

27. Vid. artículo 20, 2.

sino en función de que el texto del tratado se adopte o no en una conferencia internacional. Si no se adopta en ese foro, la regla que se establece es la tradicional, esto es, la de la unanimidad.

El problema que surge es el de saber cuando estamos ante una conferencia internacional en el sentido del artículo 9 de las Convenciones de Viena. A este respecto, la C.D.I. estudió la posibilidad de distinguir entre las "conferencias convocadas por el Estado interesado y las convocadas por una organización internacional"²⁸. Literalmente, sería posible aplicar la regla de la unanimidad a un tratado negociado por 30 Estados y otra distinta a un tratado formalmente elaborado en una conferencia internacional pero en la que participa un menor número de Estados. De ahí la enmienda francesa al artículo 8 del Proyecto (artículo 9 definitivo) que precisaba que "la adopción del texto de un tratado multilateral que no sea restringido en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios..."²⁹.

A pesar de ello, la fórmula recogida en el definitivo artículo 9 parece inteligente. Como se sabe, esa disposición establece la regla general de la unanimidad, regla que tiene su excepción si el texto se adopta en una conferencia internacional, donde se aplica la de la mayoría de dos tercios de los presentes y votantes, a menos que por esa mayoría se decida una regla diferente. Pues bien, al no definir la institución "conferencia internacional"³⁰, se parte de la flexibilidad, lo que hace que, por ejemplo, no sea necesario que dicha conferencia sea convocada por una Organización internacional o que en ella participe un número determinado de entidades. Así, una mesa negociadora auspiciada por uno o varios Estados e integrada por nueve o diez partes puede recibir, a los efectos del artículo 9, el calificativo de conferencia internacional. En este caso, dicha disposición deja en manos de los participantes la elección de la norma que ha de regir la votación, si bien con la limitación de que debe ser acordada por las dos terceras partes de los presentes y votantes, lo que supone una garantía.

28. A/CONF. 39/11/Add. 2, p. 15.

29. A/CONF. 39/C.1/L.30.

30. Con motivo de la Convención de 1986 todavía algún Estado estimó conveniente adoptar una definición de "conferencia internacional" (A/CONF. 129/5, p. 135: Recopilación analítica de comentarios y observaciones de los Estados y de las principales Organizaciones intergubernamentales internacionales respecto del proyecto definitivo de artículos sobre el Derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales. Documento preparado por la Secretaría de la Conferencia de 1986).

En dicho caso, lo más frecuente será decidir la regla de la unanimidad, pero no se les impide o no se les cierra la posibilidad, en función de las circunstancias, intereses en presencia o materia regulada, de acordar otra diferente, como la propia mayoría de dos tercios o el consenso³¹. No obstante, más que la de la Convención de 1969, creo oportuna e interesante la fórmula más depurada del artículo 9-2 de la Convención de 1986, donde la limitación de los 2/3 tiene un carácter supletorio en el supuesto de que no exista acuerdo en la conferencia internacional sobre el procedimiento a seguir en la adopción del texto.

Ahora bien, el problema que surge con esa nueva disposición es el de determinar con qué mayoría "se está de acuerdo" sobre el procedimiento a seguir en la adopción del texto, ya que una conferencia internacional parte generalmente sin reglas prefijadas. ¿Hay acuerdo cuando un 55% dice que la regla de la mayoría simple y un 45% que otra distinta? Evidentemente todo dependerá del interés que se tenga en elaborar un tratado que pueda ser aceptado por todos o casi todos los participantes.

En todo caso, las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 introducen criterios muy flexibles que no necesitan dar una solución concreta a la adopción de los tratados multilaterales restringidos, tratados en los que pueden participar tres, cinco, diez, quince o veinte Estados, y que no pueden o deben recibir, cada uno de ellos, la misma componenda; lo contrario, supondría maniar la formación del tratado y obstaculizar posibles entendimientos.

Con las anteriores observaciones, creo que puede aceptarse el comentario de la C.D.I. al artículo 8 del proyecto de la posterior Convención de 1969 cuando decía que "la unanimidad sigue siendo la regla general para los tratados bilaterales y para los tratados redactados por un pequeño número de Estados; pero para los otros tratados multilaterales hay que establecer una norma general diferente, aunque los Estados interesados, si así lo deciden, podrán aplicar la regla de la unanimidad en determinados casos"³².

31. En sus comentarios escritos al proyecto definitivo de la futura convención de 1986, la Unión Internacional de Telecomunicaciones señalaba que la norma práctica en la U.I.T., incluso en relación con tratados, es el consenso con la posibilidad de formular reservas (A/CONF. 129/5, p. 137).

32. A/CONF. 39/11/Add. 2, p. 15.

Jurisprudencia

