

TRABAJOS PREPARATORIOS E INTERPRETACIÓN DE TRATADOS

Carlos German Pantoja Murillo¹

*“A word is not a crystal, transparent and unchanged, it is the skin of a living thought and may vary greatly in color and content according to the circumstances and the time in which it is used.”***

(Recibido 28/09/16 • Aceptado 21/11/16)

-
- * Abogado por la Universidad de Brasilia. Egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares. Ocupó cargos diplomáticos y consulares en Brasil y en México. Desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.
cpantojamurillo@yahoo.es . Tel. 8713 4181
- ** “Una palabra no es un cristal, transparente y sin cambios, es la piel de un pensamiento viviente y puede variar mucho en color y contenido de acuerdo con las circunstancias y el momento en el que se utiliza”.

Resumen: La interpretación de los tratados internacionales es un asunto de interés práctico, además de un tema de carácter académico. De ella se ocupan tribunales internacionales y domésticos. Los trabajos preliminares son un instrumento válido de interpretación, a pesar de todo el debate sobre su utilidad. La Convención de Viena de Derecho de los Tratados le asignó un papel secundario pero se utilizan frecuentemente.

Palabras Clave: Trabajos preparatorios, interpretación de tratados, escuelas sobre la interpretación, reglas de interpretación, Convención de Viena de Derecho de los Tratados.

Abstract: The interpretation of international treaties is a matter of practical interest, and an academic issue as well. International and domestic courts deal with this kind of interpretation. Preliminary works are a valid tool for interpretation, despite all the debate regarding its usefulness. The Vienna Convention on the Law of Treaties assigned it a secondary role, but these are often used.

Keywords: Preparatory works, treaty interpretation, interpretation schools, rules of interpretation, Vienna Convention on the Law of Treaties.

Abreviaturas más usadas

CDI. Comisión de Derecho Internacional.

CIJ. Corte Internacional de Justicia

C.P.J.I. Corte Permanente de Justicia Internacional.

CVDI. Convención de Viena de Derecho de los Tratados.

O.M.C. Organización Mundial del Comercio

Índice

Introducción.

I.- La interpretación de los tratados.

I. 1 La Escuela de la intencionalidad

I. 2 La Escuela textualista

I. 3 La Escuela teleológica

I. 4 La Escuela de New Haven

II.- La Comisión de Derecho Internacional y el trabajo preparatorio de la Conferencia de Viena de Derecho de los Tratados.

III.- La Convención de Viena de Derecho de los Tratados y las reglas de interpretación.

IV.- ¿Qué son trabajos preparatorios?

Conclusiones.

Bibliografía

Introducción

Nuestros tribunales están cada día más expuestos a enfrentar causas que involucren el cumplimiento de numerosos instrumentos internacionales ratificados por el país. En este ámbito, asistimos a una expansión *ratione materiae* de las normas de derecho internacional, sin parangón en la historia patria.

También es más frecuente que el Estado enfrente procesos ante tribunales y cortes arbitrales internacionales, cuyo fundamento descansa en la interpretación de estas convenciones, tratados o acuerdos, de lo que fue nunca antes.

Desde el punto de vista normativo, el artículo 7 de la Constitución Política² da sustento a la primacía de los artículos 31 y 32 de la CVDT³, en materia de interpretación de tratados, convertidos en disposiciones de aplicación obligatoria en los ámbitos interno y externo.

Partiendo de esa base, el lugar que le corresponde a los trabajos preparatorios en la interpretación, se hace particularmente relevante si consideramos que, más allá de las normas de la CVDT, que les asigna una posición y un papel “complementario”, la práctica de los tribunales internacionales y de algunos países, se decanta por un mayor aprecio del contexto histórico y por la búsqueda de la voluntad de las partes, en el proceso de construcción del texto final del tratado.

El estudio de los trabajos preparatorios nos enfrenta a varios problemas que tienen sus vertientes teóricas y prácticas. ¿Son las

² “ARTÍCULO 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.”

³ Nuestro país aprobó esta Convención mediante la ley 7615 del 24 de julio de 1996.

intenciones de las partes un elemento subjetivo aparte del texto del tratado? ¿Cuál es la relación entre los trabajos preliminares y el propósito y fin del tratado? El debate sobre estos temas ha generado el surgimiento de escuelas doctrinales que abogan por soluciones distintas, si bien se trata de énfasis y matices en la mayoría de los casos, los cuales analizaremos.

También hacemos recuento de la contienda entre las visiones sobre los principios y la metodología de interpretación, que llegó a su crisis durante la Conferencia de Viena que adoptó la CVDT, y ha continuado vigente, reavivada en forma periódica por las sentencias de la C.I.J., que frecuentemente acuden a los travaux préparatoires.

Finalmente nos ocuparemos del concepto de trabajo preparatorio, de su utilidad, y de algunas sugerencias para su pesquisa y clasificación.

I.- La interpretación de los tratados.

En el ámbito del derecho internacional, la interpretación de un tratado es el proceso de aplicación de una determinada metodología “hermenéutica”, utilizando los principios y criterios que el intérprete escogió, para determinar el sentido exacto de una norma jurídica contenida en un texto oscuro, impreciso, contradictorio, incompleto o ambiguo. Tal y como indicara Serge SUR,⁴ el mismo término interpretación incluye al menos dos significados diferentes. Se refiere, al mismo tiempo, a un proceso y a un resultado, a una actividad y a su producto. La interpretación es, pues, por un lado, un movimiento de interrogación o de búsqueda sobre el significado de una regla o una situación jurídica, y por el otro la respuesta o el resultado obtenido. En el primer caso nos enfrentamos a la pregunta ¿quién puede interpretar? Se trata de un aspecto dinámico que se interesa por la capacidad de los sujetos. La simple observación del escenario internacional nos coloca frente a diferentes sujetos que disponen de una capacidad inherente, implícita o indirecta. Se trata de los Estados y de las organizaciones internacionales.

No importa que actuando de una manera unilateral, el sujeto sea capaz, en principio, de imponer su interpretación a los demás. El

⁴ SUR, Serge. *Interprétation et Droit. L'interprétation en Droit International Public*. In AMSELEK, Paul *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995. Disponible en <http://www.afri-ct.org/L-interpretation-en-droit?lang=fr>

fruto irreductible de la igualdad de los sujetos, que obliga a respetar unas formas y a la búsqueda de acuerdos, es que el resultado de esas interpretaciones, puede conducir al aislamiento. Desde esta perspectiva, sólo la interpretación acordada entre los sujetos interesados puede reducir este eventual punto de fricción, al responder entre todos ellos a la otra cuestión, la definición del derecho aplicable. El esfuerzo por lograr criterios comunes deviene en un rasgo sistémico cuyo resultado más notable es la introducción de componentes que aportan estabilidad.

Conviene recordar la opinión de KELSEN, para quien la interpretación de una norma no conduce, necesariamente, a una solución única, que sería la exclusivamente justa. Se pueden presentar varias soluciones que, desde el punto de vista jurídico sean todas de igual valor, siempre que estén de acuerdo con la norma a interpretar. Sin embargo, el órgano encargado de aplicar la norma tiene la competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que, entre las diversas interpretaciones posibles, una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Para KELSEN *“Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única”*.⁵

Desde la óptica de los sujetos, tenemos que cuando la interpretación surge de las mismas partes del tratado, se le conoce como interpretación auténtica. La voz de las partes, en este caso, es la de los respectivos gobiernos, habida cuenta de que ni los parlamentos, ni los tribunales, cuentan con la representación para actuar en la escena internacional.

Esta interpretación auténtica puede tomar la forma de un nuevo acuerdo, de naturaleza estrictamente interpretativa o puede formar parte de un acuerdo complementario.

Lo anterior implica que, desde el punto de vista lógico, la interpretación auténtica debe privilegiarse por ofrecer, en tesis de principio, una solución definitiva al conflicto planteado por la pluralidad de las interpretaciones posibles.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 167

La interpretación, en el derecho internacional, será jurisdiccional cuando emane de un organismo con poder de jurisdicción, en el examen de un litigio particular entre sujetos de derecho internacional. De este modo, será jurisdiccional, aunque no judicial, la exégesis que en el desempeño del encargo que le fue dado por las partes, el árbitro o el tribunal arbitral, formule sobre el tratado aplicable al caso.⁶ Esta, podrá ser interna cuando se asigne a los tribunales del país o internacional si corresponde a un tribunal internacional, regional o mundial o a un tribunal arbitral.

El mismo KELSEN indicaba otra especie de interpretación, la que no es realizada por un órgano jurídico sino por una persona privada, que se basa especialmente en la ciencia del derecho, con lo que se refería a la interpretación doctrinaria, fecunda y frecuente, y en no pocos casos, a la larga vinculante cuando acogida por los actores institucionales. Gran parte del trabajo doctrinario se dirige a forjar criterios para la aplicación del derecho positivo, de manera que las elecciones no sean un resultado arbitrario. La interpretación jurídica asume una dimensión dogmática, caracterizándose por su vinculación a la norma, punto de partida de la interpretación y ocupándose, según la metodología seleccionada de su literalidad, de la especialidad de sus términos, de su contexto, antecedentes, relaciones con otras normas del mismo cuerpo normativo o de conjuntos normativos entrelazados, verbigracia el *ius cogens*.

Desde el punto de vista metodológico, son cuatro las principales escuelas que postulan una visión propia para la interpretación de los tratados. Sus propuestas y sus autores intercambian críticas, al tiempo que admiten, parcialmente, la validez de algunos aspectos de las formulaciones doctrinales rivales.

La interpretación viene a ser la operación por la que se regresa desde el texto hacia la voluntad de las partes, que la hizo nacer. El problema que divide la doctrina está en ubicar donde radica esa voluntad. Para los partidarios del método objetivo debe buscarse dentro de las expresiones contenidas en el texto del tratado, haciendo uso de instrumentos como la gramática y la lógica formal. Tal será la propuesta de los textualistas. Mientras tanto, las otras tres corrientes se muestran partidarias del

⁶ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso elementar*. São Paulo, Editora Saraiva, 1989, p. 98.

método subjetivo e intentarán encontrar en el estudio de la conducta de las partes con relación al tratado, antes y durante la negociación y luego de su vigencia, las pistas para desentrañar su sentido.

I.1 La Escuela de la intencionalidad.

Sir Hersch Lauterpacht, quién fue electo juez de la Corte Internacional de Justicia en 1954, formuló, mientras se desempeñaba como relator de la Comisión de Derecho Internacional en el tema de Derecho de los Tratados, los principios de la Escuela de la intencionalidad, en el proyecto de informe del Instituto de Derecho Internacional de 1950.⁷ El documento postula que el intérprete de un tratado debe determinar, en primer lugar, las intenciones de la partes. La proximidad con estas intenciones permite al intérprete darle al tratado el significado buscado. Esta tesis fue sostenida en el comentario de la delegación de Grecia al proyecto de artículos de la CDI en los siguientes términos:

“Esta delegación no acepta que se establezca un orden de prioridades entre los diferentes medios de interpretación de los tratados. Como un tratado es la expresión de la intención común de las partes, opina que la única regla fundamental de interpretación es averiguar dicha intención, por todos los medios posibles, y en todas las formas posibles.”⁸

Para determinar las intenciones de las partes, el intérprete podrá invocar válidamente fuentes complementarias tales como trabajos

⁷ Así según RIS, Martin. ***Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.*** Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 14, No. 111 1991, Loc. Cit. pág. 113. Se refiere al texto L'interprétation des traités, aparecido en el Annuaire de L'Institut de Droit International de 1950. Sin embargo, las líneas generales de la Escuela de la intencionalidad, pueden encontrarse en su trabajo previo. Vid. LAUTERPACHT, Herch ***Some Observations on Preparatory Work in the Interpretation of Treaties,*** In Harvard Law Review Vol. 48, No. 4 (Feb., 1935), pp. 549-591, Disponible en <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1332409?sid=21105283729371&uid=2&uid=4&uid=3737816>.

⁸ Véase ***el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1966,*** Vol. II, p. 101.

preparatorios, incluso cuando el tratado parezca inequívoco. De allí su concluyente afirmación: “la consideración de los trabajos preparatorios ha sido la más persistente característica del proceso de interpretación de los tratados”.⁹

Para interpretar se buscan intenciones comunes reales, en lugar de simplemente suponer que algunas de las palabras utilizadas son la única expresión posible de la voluntad común.

La Escuela de la intencionalidad ve en esta ruta, mayores probabilidades de hacer efectiva la buena fe y el principio pacta sunt servanda. La buena fe en los tratados debe tener efecto práctico, más allá de las palabras. Es posible que las partes, aunque utilizando idéntica terminología, pudieran, de buena fe, haber unido diferentes significados a la misma, quizá dictada por las peculiaridades de sus respectivos idiomas.

Tal vez una de las partes se incline por beneficiarse de una ambigüedad en los términos que ha permitido, deliberadamente, que se incluya en el cuerpo del tratado.

A menudo, cuando las partes no han podido llegar a una solución consensuada, van a estar cómodos con una frase o término de lenguaje ambiguo o impreciso, dejando el problema abierto para la búsqueda de una solución en el futuro, por medio de otro acuerdo, una negociación o un arbitraje.

La dificultad de encontrar la intención común de las partes, se manifiesta cuando dos o más disposiciones del mismo tratado son mutuamente inconsistentes. Muchos tratados multilaterales abarcan una amplia gama de sujetos. Disposiciones de compromiso en in extremis, redactadas a menudo tras prolongadas negociaciones, no reúnen la coherencia interna ni la consistencia o claridad suficientes. A un juez, confrontado con la tarea de interpretar dichas disposiciones, no le será de ayuda el tratar de confiar en esta llamada “*voluntad legislativa*”. Debe, en cambio, ver el tratado en su totalidad.¹⁰

⁹ Ibidem.

¹⁰ SCHAFFER, Rosalie P. Current Trends in Treaty Interpretation and the South African Approach, 7 Australian Yearbook of International Law 129-130, 1976-1977. pág. 131. Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ayil7&div=13&id=&page=>

Desde esta perspectiva, es posible argumentar que la metodología de la intencionalidad es requerida por la base consensual del derecho internacional: Intenciones deben ser preferidas, en lugar de supuestas intenciones basadas en una expresión.

¹¹Se critica que la Escuela de la intencionalidad tiene una aproximación insuficiente a la interpretación de tratados, por ejemplo en la interpretación de los tratados multilaterales, donde, a menudo, muchas de las partes se unen por medio de una adhesión y no tomaron parte en la elaboración de la convención. Aquí se presume que se han unido sobre la base de lo que el texto en sí dice, más allá de las intenciones de las partes contratantes originales. Sus críticos señalan que esta Escuela ignora el hecho de que el tratado se redactó precisamente para dar efecto a las intenciones de las partes contratantes y, por tanto, debe presumirse que lo hace.

I.2 La Escuela textualista.

El sucesor de Lauterpacht como relator especial del Derecho de los Tratados en la CDI, Sir Gerald Gray Fitzmaurice,¹² se preguntaba ¿Por qué las intenciones de las partes no deben ser evidentes a partir solo del texto? Y sustentó la tesis de que las partes elaboran un tratado para expresar sus intenciones y que un intérprete debe, por tanto, asumir que el tratado de hecho encarna esas intenciones, apostando por la literalidad. En consecuencia, sostiene que el intérprete solamente debe recurrir a los trabajos preparatorios en situaciones en las que el tratado no está claro.

Hay una desconfianza inherente de lo subjetivo como algo, en última instancia, desconocido, incierto y, por tanto, inalcanzable. Sinclair contrasta la escuela subjetiva con la textual u “*objetiva*” destacando que lo que es objetivo tiene, seguramente, más probabilidades de proporcionar una evidencia más fuerte y un mejor análisis.¹³

¹¹ FITZMAURICE, G. G. ***Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points***; 28^o British Yearbook of International Law. 1 (1951) pág. 203 a 205.

¹² Vid, FITZMAURICE, G. G. ***Law and Procedure***. Loc. Cit.

¹³ La cita es de SINCLAIR, Ian ***The Vienna Convention on the Law of Treaties*** (2 ed, Manchester University Press, Manchester, 1984) 114-115 Vid. McRAE, Peter. The search for meaning: Continuing problems with the interpretation of Treaties. In Victoria University of Wellington Law Review

La escuela textualista pretende interpretar un tratado, principalmente, estableciendo el significado del texto. Sir Fitzmaurice sostiene que el intérprete debe analizar primero el texto de un tratado, no las intenciones de las partes separadas del texto, ya que es en el texto en donde se manifiesta la intención de las partes. En consecuencia, el intérprete textualista inicia y concluye la búsqueda de las intenciones de las partes estableciendo el sentido natural y ordinario del texto.

La intención, según la postura de los textualistas, debe encontrarse en el texto mismo y, por lo tanto, la cuestión principal no es lo que las partes pretenden, sino lo que el texto significa. Parten de la idea de que el texto, normalmente, refleja las intenciones de las partes.

El intérprete textualista podrá consultar fuentes distintas del tratado, pero sólo para aclarar la ambigüedad del texto o para confirmar el sentido natural y corriente de las palabras. Sólo puede admitir el recurso a los “*travaux préparatoires*” para arrojar luz sobre el significado del texto, no sobre las intenciones de las partes, separadas del texto.

El profesor Myres McDougal, fundador de la escuela de New Haven, criticó el carácter restrictivo del enfoque textualista y su dependencia, en distinciones jerárquicas artificiales, entre fuentes de interpretación primarias y secundarias. McDougal escribió en un artículo dedicado a analizar el proyecto base de la CDI que, en su opinión:

“el gran defecto, y tragedia, en las recomendaciones finales de la Comisión de Derecho Internacional sobre la interpretación de los tratados, es su insistente énfasis, sobre una imposible, conformidad con la imposición de la textualidad...”

Agregando más adelante que:

*“el “enfoque básico” de la Comisión en general arroja a un conjunto particular de signos - el texto de un documento- el papel de servir como el índice exclusivo de las expectativas compartidas de las partes en un acuerdo es un ejercicio de formalismo primitivo y potencialmente destructivo”.*¹⁴

No. 33 , New Zeland, 2002. p. 217. Disponible en: <http://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/vuwlr/prev-issues/pdf/vol-33-2002/issue-2/mcrae.pdf>

¹⁴ McDOUGAL, Myres S. The International Law Commission's Draft Articles of Interpretation: Textuality Redivivus, In American Journal of International Law No.61, 1967. pp. 992 y 997.

1.3 La escuela teleológica.

El tercer abordaje de la interpretación de tratados, parte, en tesis de principio, que el tratado tiene un objeto y un propósito, y que la actividad del intérprete debe orientarse a hacerlo efectivo. Sus defensores alegan, en primer lugar, que el texto del tratado debería ser considerado simplemente como un recipiente de las expectativas comunes de las partes y que cualquier intérprete necesita hacer la más amplia investigación en los materiales adicionales al texto. La meta principal de la interpretación de tratados es esclarecer los objetivos y propósitos del tratado y este debe interpretarse buscando hacer efectivos los propósitos y fines que nutren el acuerdo.

La meta principal de la interpretación de los tratados para la escuela teleológica será determinar los objetivos y fines del tratado y la posterior interpretación busca hacer efectivos, concretar y llevar a la realidad ese conjunto identificado de objetivos y fines, sin cuya existencia previa el acuerdo que dio vida al tratado no se habría producido.

La investigación es necesariamente de alcance mucho más amplia que la de la escuela textualista. Sin embargo y hasta cierto punto, el enfoque teleológico es una amalgama de los elementos de los dos primeros enfoques. Ello, en la medida en que depende del objeto y el fin del tratado, pues estos se expresan en el texto y en el preámbulo, con lo que el enfoque teleológico puede percibirse esencialmente como una variante más amplia del acercamiento textual.

Pero al ir más allá del texto en la búsqueda de los objetivos originales de las partes en el convenio, investigando todo el curso de las negociaciones y las circunstancias de su conclusión, manifiesta un parentesco con el enfoque de la intencionalidad.¹⁵

La escuela teleológica es única en reconocer, de acuerdo con la doctrina de la “*finalidad emergente*”, que los objetos y los propósitos

¹⁵ Véase JACOBS F, L, ***Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties Before the Vienna Diplomatic Conference*** (1969) 18 ICLQ 3 18 at 3 **19**. ***Cit. por SCHAFFER, Rosalie P.*** Current Trends in Treaty Interpretation and the South African Approach, 7 Australian Yearbook of International Law. No. 129, 1976-1977, pp.133. Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ayil7&div=13&id=&page=>

que determinan la verdadera interpretación de un tratado pueden ser los que existen en el momento de la interpretación, en lugar de en el momento de su conclusión. Este aspecto del enfoque teleológico no es textual porque el propósito emergente no puede ser obtenido a partir del texto, ni tampoco es intencional, ya que es independiente de las intenciones originales de las partes.

A diferencia de las escuelas de la intencionalidad y textualista, el enfoque teleológico no distingue tajantemente entre fuentes primarias y fuentes secundarias de interpretación.

I.4 La Escuela de New Haven.

La *Escuela de New Haven*, surgida en los albores de la guerra fría, en New Haven, Connecticut, fue influida de manera determinante, por la aplicación de la metodología de las ciencias del comportamiento al estudio de las relaciones internacionales¹⁶. Para ella, la ciencia jurídica se basa en la *“adopción de decisiones inspirada por los objetivos de mantener el orden comunitario mientras tiende al logro de los objetivos sociales de la comunidad”*. Entiende el derecho como un *“proceso legal continuo de decisión autorizada y de control”* y autoriza la legitimación de cualquier conducta efectiva fuera de los estrechos confines del texto que, tras haber sido previa y cuidadosamente examinada, sea capaz de potenciar la consecución del deber ser, sin poner en peligro el orden comunitario. Las normas son simples *“expresiones telegráficas de expectativas comunitarias”*, que no pueden ser aplicadas automáticamente sino que deben ser interpretadas a la luz de una serie de propósitos morales y sociales en atención a las circunstancias concurrentes en la situación por parte de un *“decisor”*

¹⁶ También conocida como “Escuela de derecho internacional de New Haven”, “Escuela de Yale” o “ciencia jurídica orientada a la ciencia de la política jurídica”, hace referencia a una teoría sobre el derecho que define su perspectiva como “enteramente diferente” de la visión del “inferior político” que caracteriza al positivismo. El jurista positivista es un receptor de mandatos, un “obediente servidor” de las normas para quien la identificación del contenido y significado de la regla actual constituye el centro jurídico de preocupación. Algunos autores consideran que en realidad esta escuela se integra dentro de la corriente subjetivista y en efecto se trata de una variante, pero que, por su complejidad, merece un tratamiento diferenciado del “intencionalismo” y del “teleológico”.

autorizado. Si ello se realiza de forma adecuada, se potenciará “*el valor cardinal de la democracia en tanto que la realización de la dignidad humana*”, equivalente a la mayor producción y disfrute compartido de aquellos valores demandados “con creciente unidad e intensidad” por la mayoría de los pueblos desde hace siglos: “*poder, respeto, ilustración, riqueza, bienestar, rectitud y afecto o sus equivalentes*”.

Propone un método jurídico que ve el derecho como un proceso de adopción de decisiones, en constante evolución, y toma en consideración factores políticos y sociales que reflejan intereses comunes, en permanente mutación.

Consecuentemente, la evolución del derecho dependerá del conocimiento y de la perspicacia de un “*decisor*” autorizado sistemáticamente e inspirado por unos valores de realización inmutables.¹⁷

Liderada por Harold Lasswell y Myers McDougal, impulsa un enfoque, llamado “*teoría del derecho orientada según directrices*”, que concibe el derecho como una ciencia social teleológica, pues procura la obtención de unos fines sociales, de raigambre humanitaria, visto su énfasis en el respeto por la dignidad humana.

La *Escuela de New Haven* divide, para facilitar su análisis, el concepto de derecho en dos elementos principales: la “*autoridad*”, entendida como la fijación o concreción de expectativas comunitarias acerca de quién y cómo debe decidir los asuntos públicos, y el “*control*”, entendido como la eficacia de las sanciones que respaldan la decisión. Pero el derecho no es solo un concepto analítico, sino también dinámico. Esto quiere decir que es un “*proceso de decisión autoritativa*” parte de un proceso mayor llamado “*el proceso comunitario global*”. Es global por cuanto existe una comunidad mundial caracterizada por la interdependencia, así como por subjetividades compartidas (*un ethos global*). Se nutre de un movimiento continuo de contraposición de expectativas e intereses que culmina en la cristalización de tales expectativas, en una institucionalidad resultado de la autoridad y el control. Esa cristalización se adquiere mediante las “*decisiones constitutivas*”. Aplicado al derecho, el concepto

¹⁷ Vid De la RASILLA del MORAL, Ignacio. ***Apuntes críticos para una teoría neoconservadora del Derecho Internacional***. In Revue québécoise de droit international, No, 20.1, 2007, pp.165-197

de cristalización de expectativas de todos los afectados, tendría mayor legitimidad que la que logra el derecho internacional textualista.

Fortalece el concepto de autoridad, medular para la teoría del derecho, centrándose no en el sujeto dotado de autoridad que intermedia entre los dirigidos y las razones, sino en quienes con sus expectativas instituyen al sujeto autoritativo. Es decir, el corazón de la autoridad estriba en aquellos de los cuales emana y luego son a ella sometidos, no en aquel a quien se delega su ejercicio.

Intenta determinar, y hacer efectivas, las “*genuinas expectativas compartidas*” por las partes, sujetas a “*políticas imperativas comunes*”. Para este fin, un intérprete debería examinar todos los indicios significativos que expresen las expectativas de las partes y las “*políticas imperativas comunes*”. Para esta búsqueda, un tratado y sus trabajos preparatorios son fuentes igualmente válidos de interpretación.

En una crítica del enfoque de New Haven, el profesor *Leo Gross*¹⁸ ha señalado la dificultad de interpretar bajo conceptos ambiguos como “*genuinas expectativas compartidas*” y de “*políticas imperativas comunes*”. Sin embargo, su objeción a la vaguedad conceptual parece igualmente aplicable a conceptos tales como “*las intenciones de las partes*” o el “*sentido natural y ordinario de palabras*”¹⁹ propios de la escuela textualista.

¹⁸ GROSS, Leo. *Treaty interpretation: The proper Rôle of an International Tribunal*. PROCEEDINGS OF THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW 108, 114 (1969) Cit. por RIS, Martin. *Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*. *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 14, No. 111 1991, pág. 116. Disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol14/iss1/6>

¹⁹ De hecho, el Gobierno de Israel advirtió en sus comentarios al proyecto de la CDI en 1966 “que en el párrafo 1 del artículo 69 la expresión “*sentido corriente que se atribuye a cada término*” puede ser causa de confusión porque no parece tener en cuenta los posibles cambios en el uso idiomático, posteriores a la redacción del texto del tratado.” A este respecto citó el dictamen de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos, en el que se interpretó la palabra “*controversia*” según el sentido que se le daba en la época de la celebración de los tratados. Véase el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1966*, Vol. II, Pág. 100.

Acertadamente expresaba KELSEN que:

*“la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver, de modo objetivamente válido, la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad... Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.”*²⁰

Como con frecuencia ocurre en la vida, y casi siempre en el derecho, la búsqueda de la pureza absoluta acaba por conducirnos a la intransigencia absoluta, mientras que el equilibrio en el uso de las fuentes nos aproxima a la verdad y permite una argumentación más próxima de la equidad. Como bien decía PERELMAN, *“la técnica de razonamiento utilizada en Derecho, cualquiera que sea, no puede desinteresarse de la reacción de las consciencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva”*²¹

II.- La Comisión de Derecho Internacional y el trabajo preparatorio de la Conferencia de Viena de Derecho de los Tratados.

Durante su primera sesión, en 1949, la CDI acordó dar la máxima prioridad al estudio del tema del Derecho de los Tratados,²² lo que no sucedió, en virtud de otros temas que se impusieron en su agenda. Otro factor que afectó el desarrollo de su trabajo fue el frecuente cambio de

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, EUDEBA, 1961, p.168.

²¹ PERELMAN, Charles. *La Lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid, Civitas, 1988. p. 20.

²² I.L.C. Yearbook 1950, p.58-59. La CDI, inicialmente fue integrada por 15 expertos, número que creció a 25 al comienzo de los años 60, quienes deben ser personas de reconocida competencia en derecho internacional y representar las principales formas de civilización y los principales sistemas jurídicos en el planeta. Sus miembros son electos por la Asamblea General y de la ONU de entre una lista de candidatos nominados por los Estados miembros y prestan sus servicios en carácter personal.

sus relatores especiales en este tema. En efecto, durante su primera década de trabajo, un grupo de juristas británicos se turnaron como relatores del Derecho de los tratados. J.L. Brierly, Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice y finalmente Humphrey Waldock.²³

En su período de sesiones de 1964 la CDI, dentro del proyecto de Convención que preparaba, aprobó provisionalmente tres artículos (69 a 71) que tratan en general de la interpretación de los tratados, y dos artículos que se ocupan de los tratados con textos plurilingües. El intento de la Comisión para aislar y codificar las reglas básicas de interpretación mereció, en general, la aprobación de los gobiernos en sus observaciones, que parecieron suscribir ampliamente las correspondientes normas del proyecto.²⁴ No obstante, habida cuenta de los señalamientos de los gobiernos y como parte del proceso normal de condensación y simplificación el proyecto, la Comisión redujo los cinco artículos a sólo tres, incorporando el antiguo artículo 71 (Términos con un sentido especial) al artículo 69 (Regla general de interpretación), dejando intacto el artículo 70 (Otros medios de interpretación) y refundiendo los artículos 72 y 73 (Tratados plurilingües) en un solo artículo.

Aparte de esas modificaciones, las normas propuestas por la Comisión en su informe de 1966 no difieren esencialmente, en su estructura y contenido general, de las presentadas en 1964.²⁵

²³ Él cambió la modalidad de los informes y presentó a la CDI un proyecto de reglas de Codificación de los tratados, y llegó a presentar un total de siete informes, con nuevos aportes, hasta la convocatoria de la Convención de Viena en 1969. También fue él quien se ocupó, por primera vez, del asunto de la interpretación de los tratados. Vid, DAVIS MORTENSON, Julian. ***Is the Vienna Convention hostile to drafting history?*** American Journal of International Law, Vol. 107, no. 4 (2013) p. 14.

²⁴ Véase el ***Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1966***, Vol. II, págs. 99 a 109. Allí puede constatar que, pese a la opinión mayoritaria, países como Hungría comentaron que: “*A su juicio, los trabajos preparatorios realizados antes de concertarse el tratado tienen la misma importancia que la práctica posterior para determinar la intención de las partes.*”, mientras que Costa Rica se adhirió a la corriente textualista.

²⁵ ***Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1966.*** A/CN.4/SER.A/1966/Add.I Vol. II, Año1966, Naciones Unidas, Nueva York, 1967. p.241.

La CDI, al presentar el proyecto de artículos de 1966, tituló el artículo 27 como “*Regla general de interpretación*”, en singular, y destacó la conexión existente entre los párrafos 1 y 2, así como entre el párrafo 3 y los dos anteriores. Con ello, se propuso indicar que la aplicación de los medios de interpretación que figuran en el artículo constituirá una sola operación combinada. Al final, indicaba el relator Sir Humphrey Waldock que: “*Todos los diferentes elementos, en la medida en que estén presentes en un caso dado, se mezclarán en el crisol, y su acción recíproca dará entonces la interpretación jurídica pertinente*”.²⁶

Pese a que algunos gobiernos plantearon la conveniencia de incluir los trabajos preparatorios entre los elementos que integran la norma general,²⁷ la CDI rechazó esta idea y estimó que se debía mantener la relación establecida entre los elementos de interpretación “*complementarios*” del artículo 28 (finalmente el 32) y los elementos del actual artículo 27, (luego ubicado como 31) para lo cual argumentó que seguía la jurisprudencia de la Corte Internacional. Agregó que los elementos de interpretación del artículo 27 se refieren todos al acuerdo entre las partes en el momento en que es *objeto de una manifestación auténtica en el texto o después de ese momento*. Consideró asimismo que no es ése el caso de los trabajos preparatorios, que no tienen el mismo carácter auténtico como elemento de interpretación, por muy valiosos que a veces puedan ser, para aclarar la manifestación del acuerdo que aparece en el texto. Finalmente, alego como motivo para

²⁶ **Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1966.** A/CN.4/SER.A/1966/Add.I Vol. II, Año1966, Naciones Unidas, Nueva York, 1967. p.241.

²⁷ El Gobierno de los Estados Unidos opinó que “el artículo 70 quizá sea, a su juicio, *excesivamente restrictivo por lo que se refiere a la posibilidad de recurrir a los trabajos preparatorios o a otros medios de interpretación. Observa que, si surge una controversia sobre el significado de una disposición de un tratado que parece clara a primera vista, la posibilidad de recurrir a otros medios de interpretación no debe hacerse depender de las condiciones establecidas en los apartados a y b de dicho artículo. Propone que se permita acudir a otros medios de interpretación si las normas enunciadas en el artículo 69 no bastan para establecer una interpretación correcta*”. **Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1966.** A/CN.4/SER.A/1966/Add.I Vol. II, Documentos de la segunda parte del decimoséptimo período de sesiones y del decimotavo período de sesiones, incluso los informes de la Comisión a la Asamblea General, Año1966, Naciones Unidas, Nueva York, 1967. Pág. 101.

descartar la incorporación de los trabajos preparatorios, que las actas de las negociaciones de los tratados son, en muchos casos, incompletas o equívocas, de suerte que se necesita gran prudencia para determinar su valor como elemento de interpretación. Por todo ello, opto por mantener la distinción que se hace entre los medios auténticos y los medios complementarios de interpretación, que considero no sólo justificada, sino conveniente.²⁸

La Comisión estudió también la cuestión de si, respecto de los tratados multilaterales, el artículo debería autorizar el empleo de los trabajos preparatorios únicamente entre los Estados que hubieran tomado parte en las negociaciones o únicamente si hubieran sido publicados.

Como antecedente, tenemos el asunto de la *Jurisdicción territorial de la Comisión internacional del río Oder*,²⁹ donde la C.P.J.I. excluyó de su examen los trabajos preparatorios de determinadas disposiciones del Tratado de Versalles, fundándose en que tres de los Estados que comparecían ante la Corte no habían participado en la conferencia en la que se preparó dicho tratado. Al dictaminarlo así, la Corte se negó expresamente a establecer una diferencia entre los documentos publicados y los no publicados. Sin embargo, la CDI manifestó la duda de que esa decisión representara la práctica real respecto a los trabajos preparatorios de los tratados multilaterales abiertos a la adhesión de Estados que no hubieran participado en la conferencia en la que fueron preparados. Además, el principio en que se basa la decisión no parece tan imperativo como podría deducirse de las palabras utilizadas por la Corte en ese asunto. Un Estado que se adhiera a un tratado, en cuya redacción no haya participado, tiene perfecto derecho a pedir que se le permita estudiar los trabajos preparatorios, si así lo desea, antes de adherirse. Considero improbable que tal norma fuese conveniente desde el punto de vista práctico, habida cuenta del gran número de tratados multilaterales importantes que suelen estar abiertos a la adhesión. Estas

²⁸ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1966.* A/CN.4/SER.A/1966/Add.1 Vol. II, Año 1966, Naciones Unidas, Nueva York, 1967.

²⁹ Vid. Asunto de la Jurisdicción internacional del Río Oder. P.C.I.J. Serie A, No, 23, de 10 de setiembre de 1929. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_23/74_Commission_internationale_de_l'Oder_Arret.pdf

consideraciones son aplicables tanto a los trabajos preparatorios no publicados, pero a los que se puede tener acceso, como a los publicados. En el caso de los tratados bilaterales o de los tratados “cerrados” entre pequeños grupos de Estados, los trabajos preparatorios no publicados se hallarán normalmente en poder de todas las partes. Como corolario, la C.D.I. concluyó que no debía incluir en el artículo una disposición especial sobre la utilización de los trabajos preparatorios en el caso de los tratados multilaterales.

III.- La Convención de Viena de Derecho de los Tratados y las reglas de interpretación.

La Convención de Viena de Derecho de los Tratados debe considerarse como el punto de partida para la interpretación convencional. Se basó en la tesis de la presunción de que el texto del tratado es la expresión auténtica de la voluntad de las partes. Por esa razón, se descartó la propuesta de investigar ab initio la voluntad de las partes, tal como fue planteada por algunos países, durante los trabajos preparatorios de la Conferencia. De hecho, este fue el tema central de discusión en materia de interpretación.

El gobierno de los Estados Unidos fue la primera delegación en hablar sobre el tema de la interpretación de los tratados, reiterando su añejo malestar sobre la propuesta de artículos elaborada por la C.D.I. desde 1964. Propuso en la conferencia que se combinara en un único artículo las dos disposiciones propuestas por la C.D.I. Su propuesta pretendía dotar de la misma importancia a los instrumentos interpretativos detallados de la siguiente manera:

“a) El contexto del tratado; b) sus objetos y fines; c) todo acuerdo entre las partes acerca de la interpretación del tratado; d) todo instrumento formulado por una o más partes con ocasión de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; e) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el común acuerdo acerca del sentido general de sus términos entre las partes; f) los trabajos preparatorios del tratado; g) las circunstancias que hayan concurrido en su celebración; h) toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes; i) el sentido especial que haya

de darse a un término si fue intención de las partes dar a ese término un sentido especial”³⁰

En su intervención, el representante estadounidense Myres McDugal criticó el enfoque de la Comisión, destacando que su propuesta “*rechaza lisa y llanamente la intención común como meta de la interpretación*”. Destacó asimismo que según la enmienda que defendía:

“el texto del tratado y el sentido corriente y vulgar de las palabras constituiría el punto de partida de la interpretación y no el fin de la investigación. El texto sería considerado como un importante indicio, entre otros muchos, del común propósito de las partes, y no se establecería una jerarquía inmutable entre los elementos de interpretación. La enmienda procura hacer accesibles a los intérpretes cuantos elementos puedan tener importancia en un determinado conjunto de circunstancias, incluidos el sentido corriente, la práctica ulterior y los trabajos preparatorios, pero sin excluir otros elementos que también puedan ser pertinentes.”³¹

En la opinión de JIMENEZ DE ARECHAGA, la principal crítica que se hizo a este enfoque es que: “*no solo refleja la idea de que la meta de la interpretación de los tratados es determinar la intención común de las partes; abre también la puerta ancha a lo que se ha llamado el método teleológico de interpretación. El papel del texto del tratado queda reducido a un mínimo solo como un indicio entre otros*”, en la búsqueda de lo que el profesor McDugal llamó sus “*expectativas compartidas*”.³²

³⁰ Doc. A/Conf. 39/C.I./L.156, Cit. por JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. **El Derecho Internacional Contemporáneo**. Madrid, Editorial Tecnos, 1980, pág. 58.

³¹ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. Períodos de sesiones primero y segundo. Viena, 26 de marzo—24 de mayo de 1968 y 9 de abril—22 de mayo de 1969. DOCUMENTOS OFICIALES. **Documentos de la Conferencia**. NACIONES UNIDAS, Nueva York, 1971. 31ª reunión, pág. 49.

³² JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. **El Derecho Internacional Contemporáneo**. Madrid, Editorial Tecnos, 1980, pág. 59.

Para McDougal, el momento de la Conferencia de Viena fue desastroso. Su obra magna sobre interpretación de los tratados, publicada menos de un año antes no logró persuadir a los delegados, y ya había quedado claro que el proyecto de la C.D.I. adoptaría puntos de vista totalmente opuestos a los suyos. Su deseo de influir sobre este tema parece notorio. McDougal hizo dos discursos en el transcurso de la sesión de 1968: un breve comentario técnico durante las primeras discusiones acerca de los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales, y luego la razón de su presencia, su exposición sobre la interpretación de tratados. Él luego se desvanece por completo del registro, sin hacer más intervenciones en los debates en 1968 y tampoco esperará la totalidad de las sesiones de 1969. McDougal caracterizó erróneamente el proyecto de la C.D.I., tanto en la propia conferencia, como después,³³ y su descripción se ha tornado emblemática de cierta corriente crítica. Quizás lo primero y más importante, sea la afirmación en el sentido que el proyecto de la C.D.I. creaba una “*jerarquía excluyente*” de las fuentes, que era “*rígida y restrictiva*” en su celebración del significado desnudo del texto del diccionario, que tiene prioridad sobre todos los factores compensatorios concebibles, y además relega los trabajos preparatorios a una “*posición subordinada*” vis-à-vis ante cualquier otra fuente de interpretación.³⁴

Sostuvo que el objetivo fundamental del proceso de interpretación es “*descubrir las expectativas compartidas que las partes de la comunicación pertinente lograron crear una respecto de la otra*”³⁵

³³ Por ejemplo en la publicación de un artículo en el Revista Americana de Derecho Internacional de ese mismo año. Vid. McDUGAL, Myres ***The International Law Commission's Draft Articles of Interpretation: Textuality Redivivus***, In American Journal of International Law No.61, 1967. pp. 992.

³⁴ DAVIS MORTENSON, Julian. ***Is the Vienna Convention hostile to drafting history?*** American Journal of International Law, Vol. 107, no. 4 (2013) pp. 811 y sgts.

³⁵ Cit por JIMENEZ DE ARECHAGA pág. 59, de la obra ***The Interpretation of Agreement and World Public Order*** de McDugal, Laswell y Miller, p.XVI. En el párrafo final de su artículo (vid nota 31, pp. 1000) sostiene que “*Lo que la investigación de Harvard no ofrece, en aplicación de su visión acerca meta apropiada y el contexto necesario, es un conjunto sistemático y completo de principios de contenido y procedimiento, diseñado de manera efectiva para ayudar a los intérpretes en el examen económico de contextos particulares en pos de su objetivo adecuado. Incluso la tarea de modelar un conjunto de principios no debería, sin embargo, estar*

En Viena, McDougal abogó fuertemente por reformular todo el asunto en torno a principios de la escuela New Haven: “*la cuestión esencial en la aplicación de los tratados “era” buscar la verdadera intención de las partes contratantes en el uso del lenguaje empleado por ellos*”, no su intención de registrarse como suscriptor del texto del tratado, sino los objetos de verdadera importancia que se tenían en mente cuando se negoció el acuerdo.

Durante la Convención, el tema que concentró la atención fue el papel de los trabajos preparatorios, pues según la enmienda estadounidense, tendrían la misma jerarquía que el texto o el contexto del tratado, en contraposición con el papel de medios auxiliares de interpretación que les atribuía el proyecto de la C.D.I. La distinción respecto de los medios primarios se basó en que sobre ellos existe un acuerdo de las partes, mientras que en los trabajos preparatorios, esta voluntad aún se encuentra en formación. Si se ubican los trabajos preparatorios en el mismo plano, se vislumbró el riesgo de que alguna de las partes los utilice para sostener una interpretación que modifique el significado del texto, sin estar incluido en el mismo. JIMENEZ DE ARECHAGA señaló al respecto que “*La experiencia muestra que esos trabajos extrínsecos se invocan a menudo con el objeto de evadir claras obligaciones emergentes del texto*”³⁶

La Conferencia se decantó por respaldar la propuesta de la C.D.I. Esta elección ha sido criticada por apoyarse en una jurisprudencia que proclama una adhesión al textualismo pero que en la práctica, en la mayoría de los casos, examina también los trabajos preparatorios. Como respuesta, se ha señalado que los Estados litigantes, frecuentemente, invocan los trabajos preparatorios como fundamento de sus alegaciones. En consecuencia, resulta obligatorio para la Corte, el referirse a esos argumentos presentados en los escritos de las partes.

más allá del alcance de los estudiosos contemporáneos que disfrutaban las ventajas tanto de una rica herencia en principios probados y de acceso a los estudios modernos en semántica, sintáctica, y otros aspectos de la comunicación.” La construcción de tal andamiaje interpretativo, se antoja abigarrado e impreciso y es, sin duda, una de las razones por las cuales la conferencia opta por un método interpretativo más directo, más predecible y más simple.

³⁶ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, Editorial Tecnos, 1980. p.59

El Sr. NAHLIK de Polonia dijo que los artículos 27 y 28 (actuales 31 y 32) son una combinación acertada de tres maneras posibles de abordar la cuestión de la interpretación, es decir, el método textual, el método intencional y el método funcional. Constituyen, pues, una parte coherente y bien armonizada de la convención.³⁷ Contra esta visión que se nutría de las diversas escuelas se estrellaron las acusaciones de rigidez de McDugal.

Para JIMENEZ DE ARECHAGA,³⁸ la regla de oro en materia de interpretación de la C.V.D.T. está contenida en el artículo 31, particularmente en su primer párrafo.

“31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe 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.”

Según este precepto, y las disposiciones que le siguen, la interpretación de un tratado debe llevarse a cabo sobre la base de lo que suele llamarse “*materiales intrínsecos*”. Pensamos que esto ha gestado la interesante frase de REZEK en el sentido de que “*en los principios de Viena, no hay lugar para la búsqueda especulativa de su voluntad recóndita*”.³⁹

Los elementos a ser tomados en cuenta para la interpretación son enumerados en el párrafo 2 del mismo artículo 31, cuyo texto dice:

³⁷ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. Segundo período de sesiones Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969. DOCUMENTOS OFICIALES. Actas resumidas de las sesiones plenarios y de las sesiones de la Comisión Plenaria, NACIONES UNIDAS Nueva York, 1970, p. 61

³⁸ Vid. JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, Editorial Tecnos, 1980. p. 55. En el mismo sentido REUTER destacaba la “considerable capacidad de redacción” cuando se reúnen cuatro párrafos muy importantes mediante el uso de la singular “**norma general de interpretación**”. (REUTER, Paul. Introducción al Derecho de los Tratados. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2001. p.188)

³⁹ Vid. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso elementar*. pág. 99

“2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;”

Tenemos entonces que la interpretación del tratado debe comenzar por el análisis de las disposiciones específicas del tratado, seguida por el examen del contexto. El “*contexto*” incluye el texto mismo (incluidos el preámbulo y los anexos) y cualquier acuerdo referente al tratado que haya sido establecido entre todas las partes en relación con su conclusión, así como cualquier otro “*instrumento elaborado por una o más de las partes en relación con la conclusión del tratado, y que haya sido aceptado por las otras partes como un instrumento relacionado con el tratado*”. Verbigracia, una propuesta de interpretación o una reserva aceptada por todas las partes.

El párrafo 2 tiene por objeto definir el “*contexto*” a los efectos de la interpretación del tratado. Que el preámbulo forma parte del tratado a los efectos de su interpretación está admitido como para requerir mayores comentarios, igual que los documentos que se acompañan específicamente como anexos del tratado. El problema está en determinar hasta qué punto ha de considerarse que otros documentos relacionados con el tratado forman parte del “*contexto*” a los efectos de su interpretación. En el párrafo 2 la C.D.I. propuso que se considerara como parte del contexto dos clases de documentos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con ocasión de la celebración del tratado, y b) todo instrumento formulado por una o más partes con ocasión de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. El principio en que se basa esa disposición opera como norma de exclusión pues parte de que no se puede considerar que un documento unilateral forme parte del acuerdo. Solamente cuando haya sido concertado por una o más partes con ocasión de la celebración del tratado y que las demás partes

hayan aceptado del mismo modo su relación con el tratado. Por otra parte, el hecho de que en el párrafo 2 se reconozca que esas dos clases de documentos forman parte del contexto no significa que necesariamente haya que considerarlos como parte integrante del tratado. Serán o no parte efectiva del tratado según la intención de las partes en cada caso.⁴⁰

La idea del párrafo 2 es que, para la interpretación del tratado, esas categorías de documentos no deben ser consideradas una simple prueba a la que se pueda acudir para resolver una ambigüedad o una oscuridad, sino como parte del contexto a la que se puede recurrir para determinar el sentido corriente de los términos del tratado.

El siguiente párrafo es el que establece los otros elementos que deben de ser tomados en cuenta en el esfuerzo hermenéutico.

“3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”

El último párrafo, es considerado por JIMENEZ DE ARECHAGA como la “*única concesión que se hace a la escuela de la intención de las partes*”,⁴¹ cuyo texto expresa que: “*Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes*”. Esta frase ha sido excepcionalmente interpretada por REUTER,⁴² a contrario

⁴⁰ Cfr. el Punto 13 del comentario a la propuesta de artículos de la CDI en **CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS**, *Períodos de sesiones primero y segundo Viena, 26 de marzo—24 de mayo de 1968 y 9 de abril—22 de mayo de 1969*. DOCUMENTOS OFICIALES, NACIONES UNIDAS, Nueva York, 1971 p.40 y sgts.

⁴¹ Vid. JIMENEZ DE ARECHAGA p.57

⁴² REUTER, p. 128. En el mismo sentido destaca REZEK que: “las palabras se suponen empleadas en su sentido común, a menos que se demuestre que las partes han atribuido a un cierto término un significado especial”. REZEK, p.99.

sensu, resaltando que los términos usados en esos acuerdos, deberán interpretarse de buena fe, de acuerdo con su significado ordinario y a la luz del objetivo y el propósito del tratado, como lo indica el acápite del artículo 31 de la Convención. Solamente podrá descartarse el significado ordinario de los términos cuando pueda establecerse que esa fue la intención de las partes. Por su parte, PALACIOS destaca que “*la regla toma en cuenta tanto el método de la interpretación literal –el texto del tratado – como el método de la interpretación funcional –el objeto y fin del tratado-*”⁴³.

La C.I.J. ha dicho que la parte que invoca un sentido especial debe “demostrar convincentemente que se ha usado el término en ese sentido especial”.⁴⁴

El artículo 32, se titula “*Medios de interpretación complementarios*”. En él se fijan cuáles son los dos medios de interpretación subsidiarios para averiguar la intención de las partes, en los trabajos preparatorios del tratado y cuáles fueron las circunstancias de su celebración. La regla se dirige en dos direcciones. Por un lado puede utilizarse de manera complementaria para la confirmación del sentido resultante de la

⁴³ PALACIOS TREVIÑO, Jorge. ***Tratados. Legislación y práctica en México***. 4ª ed. México, Secretaría de Relaciones Exteriores de México-Universidad Iberoamericana. 2007.

⁴⁴ Opinión consultiva sobre el Sahara Occidental de 16 de octubre de 1975. En el punto No. 119 fija la obligación de quien alega de probar que el término se usó en un sentido diferente del ordinario. “*Corresponde a Marruecos demostrar de manera convincente el uso del término con ese significado especial*” *Se refiere al uso de las expresiones “the coasts of Wad Noun”, “to the south of Wad Noun” o “Wad Noun and beyond”, que Marruecos pretendió que comprendieran los territorios ocupados por España en el Sahara Occidental. Cfr. en <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>, p. 44-45. En el mismo sentido véase el asunto del Estatuto jurídico de Groenlandia oriental, caso en el cual la C.P.J.I., al rechazar la interpretación de Noruega, dijo lo siguiente: “El sentido geográfico del término “Groenlandia”, es decir, la denominación que se emplea normalmente en los mapas para indicar la isla entera, debe considerarse como la acepción corriente del término. Si una de las partes alega que debe atribuírsele un sentido inusitado o excepcional, corresponde a esa parte demostrar la validez de su afirmación”; y esta demostración, en opinión de la Corte, está ausente”. Cfr. Condición Jurídica de Groenlandia Oriental, P.C.I.J., Series A / B, No. 53, p. 49. Disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf*

aplicación del artículo 31, o bien se acudiría a ella, en carácter supletorio, para lograr determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con las formas de interpretación enunciadas en el artículo 31 dejen ambiguo u oscuro el sentido; o bien conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Evidentemente se trata de un uso restringido de los trabajos preparatorios.

Puede considerarse que las normas de interpretación de la Convención de 1969, representan una especie de crisol de las reglas que, por vía jurisprudencial, se aplicaron en los tribunales internacionales. Sobre este carácter subsidiario a los trabajos preparatorios, en el asunto Franco-Griego de los Faros, la C.P.J.I. adelantó:

*“Si el contexto no es lo suficientemente claro para establecer el sentido exacto en que las partes han empleado dichas expresiones en el compromiso, la Corte, de acuerdo a su jurisprudencia, debe recurrir a los trabajos preparatorios de este acto para informarse sobre cuál fue la verdadera intención de las partes”*⁴⁵

La Corte considero necesario el fijar un límite a la indagación cuando el sentido es claro, es decir, sostuvo que el primer deber de un tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado, es esforzarse por dar efecto a ellas en su sentido natural y ordinario, en el contexto en que se producen. Si las palabras relevantes en su sentido natural y ordinario tienen sentido en su contexto, ese el fin de la indagación. Pero si las palabras son ambiguas o conducen a un resultado irrazonable, entonces, y sólo entonces, es necesario que el Tribunal de Justicia, recurra a otros métodos de interpretación y trate de averiguar lo que las partes realmente quieren decir cuando utilizan estas palabras. En este caso, el tribunal, de ordinario, desplazará la carga de la prueba a quien alegue la existencia de este sentido especial.⁴⁶

⁴⁵ Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_62/01_Affaire_des_phares_Arret.pdf “COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE, Série A/B ARRÊTS, ORDONNANCES ET AVIS CONSULTATIFS FASCICULE No 62, AFFAIRE FRANCO-HELLÉNIQUE DES PHARES, 17 Mars 1934”, pag. 13. Citado también por VARGAS CARREÑO, Edmundo. **Introducción al Derecho Internacional**. Vol. I, San José, Editorial Juricentro, 1979. p. 152.

⁴⁶ Cfr. la supracitada sentencia sobre la Condición Jurídica de Groenlandia Oriental, P.C.I.J., Series A / B, No. 53, nota 46.

En refuerzo de este entendimiento la C.P.J.I. dijo, en el caso relativo a al Servicio Postal Polaco en Danzig que:

Polaco en Danzig que:⁴⁷

“Es un principio cardinal de interpretación que las palabras deben ser interpretadas en el sentido que ellas tienen normalmente en su contexto, a menos que tal interpretación conduzca a algo irrazonable o absurdo.”

“Cuando la Corte puede dar efecto a una disposición de un tratado dando a las palabras utilizadas su significado natural y ordinario, no pueden interpretar las palabras, buscando darles algún otro significado. En el presente caso, la Corte no encuentra ninguna dificultad en determinar el sentido natural y ordinario de las palabras en cuestión y no hay dificultad en dar efecto a ellos. Algunas de las declaraciones escritas presentadas a la Corte han invitado a investigar los trabajos preparatorios de la Carta. Teniendo en cuenta, sin embargo, las anteriormente mencionadas consideraciones, el Tribunal es de la opinión de que no es posible, en este caso, recurrir a los trabajos preparatorios.”⁴⁸

En el mismo sentido, en el Asunto de la competencia de la Comisión Europea sobre el Danubio, la C.P.J.I. señaló:⁴⁹

“La Corte adhiere a la norma aplicada en sus decisiones anteriores que no hay ocasión para tener en cuenta los protocolos

⁴⁷ Asunto del Servicio Postal Polaco em Danzing. P.C.I.J. Serie B, No. 11. Opinión Consultiva de 16 de mayo de 1925. p. 39 Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_11/01_Service_postal_polonais_a_Danzig_Avis_consultatif.pdf

⁴⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE REPORTS OF JUDGMENTS, ADTTISORY OPINIONS AND ORDERS **Competence of the General Assembly for the admission of a State to the United Nations**. Advisory Opinion fo March 3rd, 1950 Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/9/1883.pdf> p.8

⁴⁹ Véase **Asunto de la competencia de la Comisión Europea sobre el Danubio**. P.C.I.J. Serie B, No. 14, 8 de dic 1927. pág 28. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_14/01_Commission_europeenne_du_Danube_Avis_consultatif.pdf

de la conferencia en la que una convención se negoció con el fin para interpretar un texto que es suficientemente clara en sí mismo. Si, sin embargo, algunas dudas todavía podrían permanecer sobre el verdadero significado de las palabras “dans les mêmes conditions que par le passé et sans aucune modification à ses limites actuelles”, se mostrará más adelante que los trabajos preparatorios confirman plenamente la conclusión a la que el Tribunal ya ha llegado.”

Esta opción por el uso del criterio sustentado por la escuela textualista se ajustaba, como lo demuestran las citas, a una reiterada jurisprudencia de la C.I.J. que, en concordancia con criterios expresados por su antecesora la C.P.J.I., venía sosteniendo, como lo hizo en la Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas, que:

“La primera obligación de un tribunal al que incumba interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado es tratar de darles efecto conforme al sentido natural y corriente en el contexto en que aparecen. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye su significado natural y corriente, tiene sentido en su contexto no hay que investigar más. Por el contrario, si las palabras, cuando se les atribuye su significado natural y ordinario, son equívocas o conducen a resultados irracionales, es entonces –solamente entonces- cuando la Corte ha de buscar, a través de otros métodos, lo que en realidad las partes tenían en mente cuando se sirvieron de la terminología consagrada en el tratado”.⁵⁰

IV.- ¿Qué son trabajos preparatorios?

Los trabajos preparatorios son corrientemente conocidos por la expresión en francés “**Travaux Préparatoires**”, mientras que en inglés se les denomina “**preliminary Works**”.

⁵⁰ Vid. C.I.J. **Opinión Consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas**, (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS **Competence of the General Assembly for the admission of a State to the United Nations**. Advisory Opinion of March 3rd, 1950, p. 8 Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/9/1883.pdf> p.8

Son el registro oficial de una negociación. En ocasiones son publicados, y los “*travaux*” son a menudo útiles para aclarar las intenciones de las partes durante la etapa previa a la adopción de un tratado u otro instrumento.

Muchas veces los trabajos preparatorios permiten determinar, con cierta precisión, la intención de las partes de un Tratado. Con frecuencia son citados en los litigios internacionales, debido a la concepción voluntarias que convierte estos antecedentes en el objeto central de la interpretación de los tratados.⁵¹

La C.D.I. no consideró que se ganara nada tratando de definir los trabajos preparatorios; de hecho, opinó que era posible que, si se intentaba, lo único que se lograría sería la exclusión de elementos de prueba pertinentes al caso, por el alto riesgo de que se considerara la indicación como taxativa.

En la mayoría de los casos, documentan la intención de las partes durante el proceso que culminó con la redacción, firma, y la ratificación de un tratado. Recientemente, sin embargo, la C.I.J. parece haber recurrido a los tipos de *travaux préparatoires* que están más indirectamente relacionados con el proceso de negociación.⁵²

Los trabajos preparatorios considerados en los casos de la jurisdicción pesquera⁵³ y del Mar Egeo⁵⁴ incluyeron documentos

⁵¹ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 10ª ed. Madrid, Tecnos, 1994. p. 170.

⁵² Vid. RIS, Martin. *Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*. Boston College International and Comparative Law Review, No. 111 (1991), pág. 133. Disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol14/iss1/6>

⁵³ El caso fue interpuesto por Gran Bretaña que se oponía a un decreto Noruego de 1935 que fijaba una línea de exclusión para pescadores extranjeros. El fallo toma nota de un decreto noruego de 1812 así como de varios textos posteriores (decretos, informes, correspondencia diplomática) que muestran que el método de las líneas rectas, impuesto por la geografía que ha sido consagrado en el sistema noruego y consolidado por una práctica constante y suficientemente larga, no encontró oposición de otros Estados. Vid. *el Caso de las Pesquerías*. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS Fisheries case. Judgment of 18 December 1951. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

internos de los gobiernos. Estos documentos no fueron parte del producto del trabajo resultante de las negociaciones bilaterales. Los memorandos presentados por las autoridades islandesas y griegas fueron dirigidos desde una rama del gobierno respectivo a otra. Estos documentos se relacionan solamente de una manera indirecta con trabajos preparatorios. La C.I.J. confió en ellos porque demostraron la inclinación de las partes durante las negociaciones. Las partes nunca tuvieron la intención, sin embargo, de que estos registros representasen sus puntos de vista en el ámbito internacional. La relevancia judicial que les ha sido conferida, excede el alcance tradicionalmente reconocido a los travaux préparatoires.

Se puede cuestionar si la C.J.I. debe basar la responsabilidad estatal en declaraciones que nunca fueron parte del historial de sus relaciones exteriores, pese a que las partes consintieron dicho recurso mediante la presentación de esos documentos a la corte⁵⁴. Sin embargo, ello prueba la importancia de escudriñar en todos los rincones fiables, respecto a la verdadera intención de las partes.

Los “*travaux*” a menudo están disponibles en los sitios web creados por un tratado específico, como el Estatuto de Roma, o en el sitio web de las Naciones Unidas.

⁵⁴ En el “***Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo***”, Grecia promueve el proceso contra Turquía en relación con la delimitación de la Plataforma continental perteneciente a cada uno de esos Estados en el mar Egeo. La Corte se declara incompetente ante la renuencia Turca a aceptar su competencia y el examen de las condiciones del caso, donde destaca la consideración de una declaración de Turquía como alegación de una reserva griega al Acta General para el Arreglo Pacífico de las Controversias de 1928 (art. 17) que excluye la competencia internacional sobre cuestiones relativas al estatuto territorial de Grecia y una declaración de los dos primeros ministros. En el análisis de ambos fundamentos la C.I.J. decide que no son suficientes para afirmar su competencia. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS ***Case Aegean Sea Continental Shelf***. Judgment of 19 December 1978. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/62/6245.pdf>

⁵⁵ Vid. RIS, Martin. ***Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties***. Boston College International and Comparative Law Review, No. 111 (1991), pág. 133. Disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol14/iss1/6>.

En tratados multilaterales, donde llegan a intervenir más de una centena de países, como los acuerdos de la O.M.C., los negociadores forman un grupo heterogéneo, con particulares y diversos intereses. Cuanto mayor sea el grupo, más probable será que los negociadores finalmente confluyan en torno a un solo sentido, específico, del texto del tratado. En este contexto, parece acertada la opinión de Isabelle Van Damme⁵⁶ respecto a que los trabajos preparatorios no pueden, casi por definición, referirse a la intención común de todas las partes contratantes.

“La intención común sólo se forma una vez que el texto del tratado ha sido redactado y se desarrollará con el tiempo y con la adhesión de nuevas partes. Todo, antes de la celebración del tratado, expresa los intereses, valores, objetivos y preocupaciones de un solo firmante o un grupo de partes contratantes. Las negociaciones se refieren tanto a las intenciones comunes como sobre los propios intereses y la estrategia”.

Reconocer esta confluencia de intereses, los comunes y los divergentes, donde se entremezclan estrategias de competencia y de colaboración es indispensable para apreciar el justo valor de los “travaux” como registros apropiados para indagar sobre las intenciones comunes o, como ya se señaló, se favorecería la manipulación de estos antecedentes, sembrando distorsiones más o menos ocultas, para luego alegar nulidades, o pretender imponer interpretaciones que siempre fueron parte de las expectativas de alguna de las partes, pero que nunca se plasmaron en el documento porque no eran compartidas por las contrapartes. Con todo, la tendencia moderna se puede señalar, como indican DAILLIER y PELLET, en el sentido que **“una evolución puede ser trazada desde hace algunos años, que tiende a otorgar mayor peso a los trabajos preparatorios”**⁵⁷

En marzo de 1999, la decisión de la Cámara de los Lores sobre el asunto Pinochet hizo frecuentemente referencia a los “travaux” de las

⁵⁶ VAN DAMME, Isabelle. **Interpretación de los tratados y los trabajos preparatorios.** Disponible en <http://opiniojuris.org/2009/03/02/treaty-interpretation-and-preparatory-work/>

⁵⁷ DAILLIER, Patrick y Allain PELLET. **Droit International Public.** 8th ed. Paris, L.G.D.J, 2009, p. 286.

Convenciones sobre la Tortura y la Extradición, centrado en el complicado desarrollo de la relación entre los derechos humanos y la jurisdicción.⁵⁸

Los tribunales de los Estados Unidos tienen una visión más liberal de la utilización de los trabajos preparatorios de la que recoge la Convención de Viena. En un caso reciente, *González v. Gutiérrez*, en el Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, se analizó la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La decisión judicial sostuvo que: “*A pesar de que en la interpretación de un tratado comenzamos con el texto, podemos mirar más allá de las palabras escritas a otros factores de orientación interpretativa. Fuentes apropiadas para consultar incluyen los fines del tratado, la historia de su redacción, y su comprensión posterior a la ratificación*”.⁵⁹

El Tribunal Supremo de Estados Unidos ha expresado, aún con más contundencia, que: “*Debido a que un tratado ratificado por los Estados Unidos no sólo es la ley de este país ... sino también un acuerdo entre los poderes soberanos, se ha considerado tradicionalmente como ayuda para la interpretación de la negociación los antecedentes de la redacción (travaux préparatoires)*”.⁶⁰ No hay nada en estas citas que permita sostener la tesis de que corresponde a los trabajos preparatorios un papel meramente secundario o complementario para la interpretación de estos tratados. La evidencia es la opuesta.

Otra razón para la consulta de los trabajos preparatorios poco tiene que ver con la interpretación jurídica. Podemos llamarla una razón genética. Puede no haber ninguna duda sobre el sentido del texto del tratado; puede ser claro para todos los lectores. Sin embargo, puede tener una relevancia extraordinaria y un gran interés el conocer cómo

⁵⁸ RAISCH, Marylin J. *Travaux Préparatoires and United Nations Treaties or Conventions: Using the Web Wisely*, International Journal of Legal Information, Vol. 30:2, Georgetown Law, 2002. pág. 326. Disponible en <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/184>.

⁵⁹ PRATTER, Jonathan, *À la Recherche des Travaux Préparatoires: An Approach to Researching the Drafting History of International Agreements*. Globalex, 2005. Véanse en particular las Notas 10 y 11. Disponible en http://www.nyulawglobal.org/globalex/Travaux_Preparatoires1.htm.

⁶⁰ *Zicherman v. Korean Air Lines Co.*, 516 U.S. 217, 226 (1996) cit. por PRATTER, Jonathan Loc. Cit. Nota 12.

el texto del acuerdo se desarrolló hasta lograr su forma final. En otras palabras, la evolución del texto tiene un interés histórico intrínseco.⁶¹

Igualmente relevante es la determinación de cuáles son los tipos de documentos que forman parte de esta categoría que llamamos “*trabajos preparatorios*”.

Si uno mira algunas de las compilaciones impresas, ve los documentos y actas de conferencias, grupos de trabajo y comités preparatorios de diversas denominaciones, los informes de los relatores especiales, los anteproyectos comentados, y similares. Incluso, como ya indicamos, tenemos ejemplos en los que se consideraron tales, documentos internos de un Estado, remitidos entre despachos oficiales.

Es importante en este punto, distinguir entre documentos de respaldo general o información recopilada y los trabajos preparatorios.⁶²

⁶¹ Una breve ilustración puede ser útil. El primer derecho previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está en el artículo 1, primera frase, que dice: “*Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación*”. El investigador aprenderá de los trabajos preparatorios que la propuesta de incluir el derecho a la libre determinación en el Pacto, desató una aguda controversia. ¿Se trató de un principio político o de un derecho legal? En la construcción del artículo rivalizaron tres escuelas de pensamiento. El debate abarcó varios años en la redacción del Pacto. Se convocó a un grupo de trabajo para tratar la cuestión. Este hizo su informe, recomendando la inclusión del derecho a la libre determinación. Al final, sabemos lo que pasó, pero si no fuera por la consulta a los trabajos preparatorios el investigador no tendría la menor idea de la lucha que precedió a la adopción del artículo 1, primera frase del Pacto.

⁶² Existen temáticas en las que los sitios muestran los textos de los tratados auténticos, principalmente en medio ambiente, derechos humanos, y las zonas comerciales, pero que se ocupan más de la presentación de informes periódicos, jurisprudencia y monitoreo, que de los trabajos preparatorios. En ocasiones surge la duda si lo publicado constituye los “*travaux*” verdaderos, generalmente, en casos de tratados con funciones de vigilancia, más ocupados del presente y del futuro del Tratado que de la historia de la redacción.

Conclusiones.

En última instancia, la interpretación consiste en conceder un sentido y un alcance particular a los términos del tratado. En consecuencia, el tema de la interpretación puede ser estudiado desde la perspectiva del sujeto llamado a interpretar y desde la selección del método interpretativo seleccionado.

Podemos asumir que ninguna de las cuatro escuelas de pensamiento estudiadas rechaza categóricamente el recurso a los “*travaux préparatoires*”. Las escuelas no están de acuerdo sobre las circunstancias que justifican que el intérprete recurra a los trabajos preparatorios, como una fuente ordinaria, o más bien, sólo cuando el texto es oscuro.

La escuela textualista utiliza tradicionalmente los trabajos preparatorios con cautela, restringiendo su uso sólo para la confirmación del significado derivado del texto o cuando el texto es manifiestamente insuficiente para ser interpretado. La escuela de la intencionalidad ve los trabajos preparatorios con mayor libertad y favorece su consulta incluso antes de revisar el texto de un tratado. Las escuelas teleológicas y New Haven dejan el uso de los trabajos preparatorios a la discreción del intérprete.⁶³

Para la CDI, el uso del término “*complementarios*”, en la normativa sobre interpretación, destaca la negativa a admitir la existencia de medios de interpretación independientes o autónomos, sino solamente de medios que faciliten una interpretación ajustada a los principios enunciados en la “norma general de interpretación”. De este modo, la utilización de los instrumentos complementarios está condicionada a la concurrencia de alguno de los supuestos considerados al final del artículo 28 del proyecto. Estos son, en el apartado a, la necesidad de determinar el sentido cuando éste no sea claro y en el apartado b hace lo mismo respecto a los casos en que la interpretación hecha de conformidad con el artículo anterior lleve a un resultado manifiestamente absurdo.⁶⁴

⁶³ Así según RIS, Martin. *Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*. Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 14, No. 111 1991, loc. Cit. pág. 116.

⁶⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, Vol. II, p.245.

La C.I.J. ha recurrido a diversos tipos de trabajos preparatorios, incluidos los registros de negociación, actas de procedimientos de las comisiones, debates de los comités anteriores a la adopción de una convención, anteproyectos de disposiciones, los intercambios diplomáticos e incluso los memorandos internos de un gobierno. La doctrina y la jurisprudencia de diversos países han aceptado su uso de manera más amplia, confiriéndole una creciente importancia.

La Biblioteca de Derecho de la Universidad de Yale cuenta con la dirección siguiente: <http://library.law.yale.edu/foreign/collected-travaux>. Su acervo es de gran valía para reunir referencias y enlaces a trabajos preparatorios recogidos, ya sea que se encuentren en forma impresa o en línea. Por lo anterior, constituye un punto de partida muy recomendable para la investigación.

Para finalizar, debemos mencionar los cinco modelos de trabajos preparatorios propuestos por PRATTER,⁶⁵ que constituyen un catálogo útil y flexible, estableciendo una tipología con la que acercarse a la investigación del tema de los trabajos preparatorios, cuya importancia para el derecho internacional y la historia diplomática ha quedado, resaltada a lo largo de este artículo.

⁶⁵ Distingue entre Trabajos no disponibles (inexistentes o inaccesibles), las compilaciones comerciales o cuasi-comerciales y su publicación bajo venta, el trabajo recopilado por la misma entidad creada por el tratado, los registros de conferencias sobre tratados específicos y los documentos clasificados por una organización internacional. Estos últimos incluyen las guías que analizan los trabajos preparatorios y los cotejan con el texto final del acuerdo y los comentarios, artículo por artículo de un acuerdo en particular. Véase PRATTER, Jonathan, *À la Recherche des Travaux Préparatoires: An Approach to Researching the Drafting History of International Agreements*. Globalex, 2005. Particularmente puede consultarse la segunda parte del artículo, donde se caracterizan los cinco modelos. Disponible en http://www.nyulawglobal.org/globalex/Travaux_Preparatoires1.htm

Bibliografía

- AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. Editora Atlas, Brasil, 2008.
- DAILLIER, Patrick y Allain PELLET. *Droit International Public*. 8th ed. Paris, L.G.D.J, 2009.
- DAVIS MORTENSON, Julian. *Is the Vienna Convention hostile to drafting history?* American Journal of International Law, Vol. 107, no. 4 (2013) pp. 780-822.
- De la RASILLA del MORAL, Ignacio. *Apuntes críticos para una teoría neoconservadora del Derecho Internacional*. In Revue québécoise de droit international, No, 20.1, Canadá, 2007, pp.165-197.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 10ª ed. Madrid, Tecnos, 1994.
- JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, Editorial Tecnos, 1980.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, EUDEBA, 1961.
- LAUTERPACHT, Herch. *Some Observations on Preparatory Work in the Interpretation of Treaties*, In *Harvard Law Review* Vol. 48, No. 4 (Feb., 1935), pp. 549-591. Disponible en: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1332409?sid=21105283729371&uid=2&uid=4&uid=3737816>
- McRAE, Peter. *The search for meaning: continuing problems with the interpretation of treaties*. In Victoria University of Wellington Law Review No. 33 , New Zeland, 2002. Disponible en: <http://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/vuwlr/prev-issues/pdf/vol-33-2002/issue-2/mcrae.pdf>
- McDOUGAL, Myres S. *The International Law Commission's Draft Articles of Interpretation: Textuality Redivivus*, In American Journal of International Law No.61, 1967. pp. 992.
- MOYANO BONILLA, Cesar. *La interpretación de los tratados internacionales*. Uruguay, Editorial Maldonado, 1985.

- PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *Tratados. Legislación y práctica en México*. 4ª ed. México, Secretaria de Relaciones Exteriores de México-Universidad Iberoamericana. 2007.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.
- PRATTER, Jonathan, *À la Recherche des Travaux Préparatoires: An Approach to Researching the Drafting History of International Agreements*. Globalex, 2005. Disponible en http://www.nyulawglobal.org/globalex/Travaux_Preparatoires1.htm
- RAISCH, Marylin J. *Travaux Préparatoires and United Nations Treaties or Conventions: Using the Web Wisely*; Georgetown Law, 2002. Disponible en <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/184>
- REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2001.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso elementar. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.
- RIS, Martin. *Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*. Boston College International and Comparative Law Review, No. 111 (1991), Disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol14/iss1/6>
- SCHAFFER, Rosalie P. *Current Trends in Treaty Interpretation and the South African Approach*, 7 Australian Yearbook of International Law. No. 129, págs. 129-176, 1976-1977. Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ayil7&div=13&id=&page=>
- SUR, Serge. *Interprétation et Droit. L'interprétation en Droit International Public*. In AMSELEK, Paul *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995. Disponible en <http://www.afri-ct.org/L-interpretation-en-droit?lang=fr>
- VAN DAMME, Isabelle. *Treaty Interpretation and Preparatory Work*, OPINIO JURIS (March 2, 2009), Disponible en: <http://opiniojuris.org/2009/03/02/treaty-interpretation-and-preparatory-work/>.

Documentos de la Organización de las Naciones Unidas

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1962. Vol. II. Documentos del 14° período de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Documento A/CN.4/144: Primer informe sobre el derecho de los tratados, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial. Nueva York, Naciones Unidas, 1964.

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1964. Vol. II. Documentos del 16° período de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Documento A/CN.4/SER. A/1964/ADD. 1, Naciones Unidas, Nueva York, 1965.

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1966. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I Vol. II, Año 1966, Naciones Unidas, Nueva York, 1967.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados. Segundo período de sesiones Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969. *Documentos Oficiales, Actas resumidas de las sesiones plenarios y de las sesiones de la Comisión Plenaria*. NACIONES UNIDAS, Nueva York, 1970

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados. Períodos de sesiones primero y segundo. Viena, 26 de marzo—24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969. *DOCUMENTOS OFICIALES. Documentos de la Conferencia*. NACIONES UNIDAS, Nueva York, 1971.

Jurisprudencia de Tribunales Internacionales.

Corte Internacional de Justicia (C.I.J.)

Opinión Consultiva sobre las condiciones de Admisión de un Estado como miembro en las Naciones Unidas. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS) *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations. Advisory Opinion of May 28th, 1948*. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/3/1821.pdf>

Opinión Consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS) *Competence of the General Assembly for the admission of a State to the United Nations*. Advisory Opinion of March 3rd, 1950), Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/9/1883.pdf> p.8

Caso de las Pesquerías. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS) *Fisheries case* Judgment of 18 December 1951. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

Opinión consultiva sobre el Sahara Occidental de 16 de octubre de 1975. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS) Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>,

Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS) *Case Aegean Sea Continental Shelf*. Judgment of 19 December 1978. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/62/6245.pdf>

Corte Permanente de Justicia Internacional. (C.P.J.I.)

Asunto de la condición jurídica de Groenlandia Oriental. P.C.I.J., Series A / B, No. 53, de 5 de abril de 1933. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf

Asunto de los Faros, (COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE, Série A/B ARRÊTS, ORDONNANCES ET AVIS CONSULTATIFS FASCICULE No 62, AFFAIRE FRANCO-HELLÉNIQUE DES PHARES, 17 Mars 1934.) Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_62/01_Affaire_des_phares_Arret.pdf

Asunto Franco-Griego de los Faros de Creta y Samos. Series A / B, No. 71, de 8 de octubre de 1937. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_71/01_Phares_en_Crete_Arret.pdf

Asunto de la Jurisdicción internacional del Río Oder. P.C.I.J. Serie A, No, 23, de 10 de setiembre de 1929. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_23/74_Commission_internationale_de_l_Oder_Arret.pdf

Asunto de la Interpretación de la Convención de 1919 relativa al trabajo nocturno de las mujeres. P.C.I.J. Serie A/B, No 50. De 15 de noviembre de 1932. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_50/01_Travail_de_nuit_Avis_consultatif.pdf

Asunto de la competencia de la Comisión Europea sobre el Danubio P.C.I.J. Serie B, No. 14, 8 de dic 1927. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_14/01_Commission_europeenne_du_Danube_Avis_consultatif.pdf

Asunto del Servicio Postal Polaco en Danzing. P.C.I.J. Serie B, No. 11. Opinión Consultiva de 16 de mayo de 1925. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_11/01_Service_postal_polonais_a_Danzig_Avis_consultatif.pdf