

ESTUDIO SOBRE LOS RÉGIMENES OBJETIVOS EN EL DERECHO DE LOS TRATADOS

A STUDY ON THE OBJECTIVE REGIMES IN THE LAW OF TREATIES

Miguel Angel Martín López*

Sumario: I.INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. III. TRATADOS PRETENDIDAMENTE OBJETIVOS QUE NO ENTRAN DENTRO DEL CONCEPTO DE REGIMEN OBJETIVO. IV. ENSAYO DE DEFINICION DE REGIMEN OBJETIVO. V. LA PRACTICA CONTEMPORANEA DE TRATADOS QUE ESTABLECEN REGIMENES OBJETIVOS. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente artículo estudia los regímenes objetivos en el marco del derecho de los tratados. Como se sabe, estos tratados no fueron recogidos en el texto de la Convención de Viena y se ha puesto en duda incluso su existencia y viabilidad. Es una cuestión controvertida. La investigación intenta demostrar la existencia de los mismos en la actualidad, aportando un concepto que puede ser operativo para la práctica actual y haciendo algunas consideraciones sobre el régimen jurídico que les debería ser aplicable.

ABSTRACT: This article is studying the position of the objectives regimes in the law of treaties. As it knows, this categorie is no included in the 1969 Vienna Convention and its existence is doubtful. In fact, it is a controversial question in this field of international law. We intends to demonstrate that it really exist in international current practice and we propose an operative concept and some practical considerations for its treatment.

PALABRAS CLAVE. Derecho de los tratados, efecto relativo de los tratados, régimen objetivo, *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

KEYWORDS: law of treaties, relative effect of treaties, objective regimes, pacta tertiis rule.

I. INTRODUCCION

Una de las cuestiones más controvertidas en el derecho de los tratados es la posible existencia de los que establecen regímenes objetivos y que suponen una excepción a la regla del efecto relativo de los tratados. Numerosa doctrina clásica admitía que ello ocurriese, aunque la Convención de Viena de 1969, codificadora en gran medida, no hizo mención alguna a esta posibilidad y, de hecho, la cuestión, en la actualidad sigue

Fecha de recepción del artículo: 20 de septiembre de 2010. Fecha de aceptación de la versión final: 17 de noviembre de 2010.

* Profesor Asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad de Sevilla, Doctor en Derecho y Licenciado en Ciencias Políticas. Correo electrónico : maml@us.es

viva y sin respuesta clara, tajante y pacíficamente admitida. Así, abordaremos, en primer lugar, los múltiples, diversos y contradictorios enfoques que la cuestión recibe por la doctrina y la práctica (segundo apartado). Pasaremos, tras ello, a considerar una serie de tratados pretendidamente objetivos y que han querido considerarse dentro del concepto de régimen objetivo, pero que, en realidad, no lo son (tercer apartado). Después, entraremos ya en éste, intentando hacer un ensayo de definición precisa de este concepto para el derecho de los tratados (cuarto apartado), para pasar posteriormente al análisis de la práctica contemporánea de los mismos, de acuerdo al concepto dado (quinto apartado), y a extraer y expresar las correspondientes conclusiones del presente estudio (sexto apartado).

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ya hemos señalado que una de las cuestiones que suscitan más debate y controversia en el derecho de los tratados es la existencia, contenido y efecto de aquéllos que establecen regímenes objetivos. Son muchas las dudas e interrogantes que presenta este tipo particular de tratado.

Para alguna doctrina no cabe la menor duda de que este tipo de tratado está presente en el orden internacional; existen y tienen unas particularidades y singularidades propias. Particularmente, habían tenido un considerable predicamento en el derecho internacional clásico, estimando la doctrina de la época, casi unánimemente, su existencia (Scelle¹, Rousseau², etc).

Incluso, como refrendo de ello, podían encontrarse pronunciamientos internacionales que lo reconocía, como la conocida decisión de la comisión internacional de juristas sobre la desmilitarización de las islas Aaland, que hizo el tratado de París de 30 de marzo de 1856. Expresamente, la comisión mencionaba que este tratado tenía una naturaleza objetiva³.

La existencia también llegó a ser defendida por algunos de los relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional para la codificación del derecho de los tratados, en particular por Humphrey Waldock, quién le dedico un artículo, el sesenta y tres⁴, en su proyecto sobre el derecho de los tratados, definiéndolo y regulándolo. Implícitamente, el relator especial Fitzmaurice, su predecesor, también los reconocía.

¹ SCELLE, G.: *Cours de Droit International Public*, Paris, 1947, pp. 324.

² ROUSSEAU, Charles de : *Principes généraux du droit international public*, Paris, ed. Recueil Sirey, 1944, pp.. 452 y ss.

³ La Comisión, expresamente, llegó a decir: “The powers have, on many occasions since 1815, and especially at the conclusion of peace treaties, tried to create true objective law, a real political status the effects of which are felt outside the immediate circle of contracting States” (*The League of Nations official Journal*, octubre 1920, special supplement, n° 3, pp. 16-19).

⁴ Dicho artículo se transcribe íntegramente en la nota 34.

Finalmente, no fueron recogidos, en la Convención resultante, al no ser aceptados por la Comisión de Derecho Internacional ni por la conferencia codificadora. De ahí que algunos puedan afirmar que se ha negado la existencia de este tratado⁵; son pues un tipo de tratado obsoleto.

Otros afirman que, aunque existieran, no tendrían ninguna especialidad o singularidad con respecto a los demás. Puede recordarse que la convención de Viena no quiso acoger ninguna distinción o clasificación entre los tratados (por ejemplo, tratados multilaterales, generales, restringidos, etc), entendiéndose que todos cabían dentro de la regulación de la convención.

Sin embargo, también puede argumentarse que la especial naturaleza de este tipo de tratado es una cuestión que se dejó abierta y sin resolver en el régimen del derecho de los tratados. Es, en suma, una laguna que debiera ser abordada y regulada. Así lo estima, por ejemplo, el profesor Shabtai Rosenne⁶.

Por otra parte, también hay muchas discrepancias de pareceres sobre cuál es el contenido exacto de estos tratados. El profesor Prevost, por ejemplo, señala que es difícil dar una definición jurídica general de todos los que entrarían en esta categoría; son de una gran diversidad⁷. Normalmente, suelen citarse ejemplos o un listado, sin ánimo de exhaustividad, de los que entran dentro de la referida categoría. Puede verse, por ejemplo, al respecto los trabajos del profesor Mc Nair⁸ o del referido Prevost⁹.

Más o menos, se han incluido en este listado los tratados que regulan el uso de canales, mares, ríos y redes ferroviarias internacionales, los que declaraban a un Estado o territorio neutralizado o internacionalizado, los que crean o delimitan una frontera o constituyen una servidumbre territorial. Asimismo, también hay quienes incluyen en el listado los que establecen una organización o institución internacional, así como los tratados de paz y arreglo político y territorial.

Con un poco más de precisión, alguna doctrina ha intentado buscar un vínculo o nexo común que ligue a todos estos tratados. Así, hay quienes indican que el contenido primordial de todos estos tratados es crear derechos reales, *in rem*, sobre los territorios. Ocurre como en los derechos civiles internos, de ahí su consideración objetiva. De esta manera, se entiende justificada la inclusión de los tratados que establecen servidumbres internacionales (sobre tierras, canales, ríos, etc), los que transfieren territorios, así como los que fijan o determinan fronteras internacionales. Como señala la profesora Malgosia Fitzmaurice, todos estos tratados que crean derechos reales tienen una existencia

⁵ Por ejemplo, así lo expresa el profesor Ian Sinclair (SINCLAIR, Ian : *The Vienna Convention on the law of treaties*, Manchester, 1984, pp. 105).

⁶ ROSENNE, Shabtai : *Developments in the law of treaties 1945-1986*, Cambridge, ed. Cambridge University Press, 1989, pp. 73 y ss.

⁷ PREVOST, Francois: *Les effets des traites conclus entre Etats à l'égard des Etats tiers*, Thèse pour le doctorat, Université de Paris II, Faculté de Droit, 1973, pp. 379.

⁸ MC NAIR, Arnold : « Treaties producing effects erga omnes », *Scritti di diritto internazionale in onore di tomaso Perassi*, volume secondo, Milano, ed. Giuffrè, 1957, pp. 23 y ss.

⁹ PREVOST, Francois : *Les...op. cit.*, pp. 380 y ss.

objetiva que hace que sobrevivan dichos derechos incluso cuando el tratado que los generó termina por extinguirse¹⁰.

Por otra parte, otra doctrina entiende que la clave de estos tratados reside en otro lugar, concretamente en su naturaleza legislativa. Son tratados que implican la creación de un derecho público y objetivo. Sus autores actúan como un gobierno de hecho de la comunidad internacional estableciendo un régimen para determinadas situaciones, principalmente después de un conflicto bélico, en tratados de paz, tratados territoriales de neutralización. Una autoridad del derecho internacional clásico, como el profesor Arnold Mc Nair, lo consideraba plenamente justificado. Como afirmaba expresamente en su voto particular en el asunto del Sudoeste africano, suele ocurrir de tiempo en tiempo que un grupo de grandes potencias o un amplio número de Estados, grandes y pequeños, asumen el poder de crear tratados que establecen un nuevo régimen internacional o status, el cual adquiere pronto un grado de aceptación y durabilidad extendiéndose más allá del límite de sus partes contratantes y alcanzando una existencia objetiva¹¹.

Podemos fácilmente entender que ello ocurría primordialmente en el derecho internacional clásico. Bueno, al menos hasta la propia Carta de San Francisco de 1945 creadora de la Organización de Naciones Unidas, la cual, como se desprende de algunos de sus preceptos, también tiene intención de regir para terceras partes¹², recuérdese si no el conocido párrafo sexto del artículo segundo.

Con todo, también hay autores que defienden que actualmente esto sigue siendo así. Se indica que incluso el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas podría tener esta potestad de instituir regímenes objetivos en el desarrollo de su función de mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales. Así lo defiende, por ejemplo, la profesora Surya Subedia, aunque lo hace con cautela e indicando que no ha de ser la norma general de acción del Consejo de Seguridad¹³.

¹⁰ FITZMAURICE, Malgosia : « Third parties and the law of treaties », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2002, vol. 6, pp. 70. Es interesante ver también las apreciaciones del profesor Reuter sobre esta cuestión (REUTER, Paul : *Introduction au droit des traites*, 3 ed., Paris, ed. PUF, pp. 109 y ss.).

¹¹ *International Court of Justice, Reports, 1950, Advisory opinion, International Status of South-West Africa (separate opinion of Lord Mc Nair)* 146, 153.

¹² Como señala el profesor Tomuschat, “if one considers the drafting history of the UN charter, it is evident that the framers of the Charter indeed intended to confer on the security council the power to take steps against third states” (TOMUSCHAT, Christian: “Treaties under international law and third states”, *Law and State*, 1990, vol. 41, pp. 10). Con todo, el citado autor se muestra contrario a la existencia de regímenes objetivos. También sobre dicha cuestión de la Carta de Naciones Unidas y terceros Estados véase ROUCOUNAS, Emmanuel : « Le traité et les États tiers (quelques approches subjectives et objectives) », *Revue Hellenique de Droit International*, 1964, vol. 17, pp. 299 y ss.

¹³ SUBEDI, Surya P. : « The doctrine of objective regimes in international law and the competence of the United Nations to impose territorial or peace settlements on States », *German Yearbook of International Law*, 1995, vol. 37, pp. 162 y ss. En palabras expresas, señala que « it could be argued in conclusion that the UN security council can legally impose a comprehensive settlement or political or territorial settlements on states or entities or belligerent parties and that such settlements may become valid against all States, provided its resolutions embody the elements of an objective regime outlined in this articles » (pp. 205).

A *fortiori*, también hay otra línea de pensamiento que estima que una nota esencial que tiene que estar presente en el contenido de este tipo de tratados es ser acordes y obedecer a los intereses generales de la comunidad internacional. El relator especial Waldock, por ejemplo, así lo hacía constar, como nota fundamental, en su definición dada para este tipo de tratado, en el aludido artículo 63 de su proyecto de artículos.

Otra línea de argumentación pone en duda este hecho y considera que ello sería dejar a las grandes potencias y poderosos como los intérpretes de este interés general. Así lo señalaba, por ejemplo, nuestro compatriota de Luna en el seno de la Comisión de Derecho internacional¹⁴ y, por otro lado, hay otra línea argumentativa que entiende que no solo tiene por qué haber regímenes objetivos que obedezcan exclusivamente a los intereses generales de la comunidad internacional. Puede haberlos también por un interés regional o de solo algunos Estados, como indica la citada profesora Surya Subedi¹⁵.

Entrando ahora, en otro orden de cosas, en los efectos que tienen este tipo de tratados, también volvemos a encontrar discusiones y desacuerdos. Tradicionalmente, se ha entendido que los mismos tienen carácter *erga omnes*, esto es, efectos frente a todos. Ello llevaba a muchos a considerarlos como una excepción al principio de que los tratados no obligan a terceros Estados ni partes. En otras palabras, estos tratados son una erosión o excepción al asentado principio de derecho de los tratados, recogido en el artículo 34 de la Convención de Viena de 1969¹⁶, basado en la máxima romana, *pacta non tertius nec nocent nec prosunt*¹⁷.

Ello había sido considerado como la característica primordial y esencial de este tipo de tratados, su rasgo definitorio más importante. De hecho, todavía hoy cuenta con un número considerable de seguidores en la doctrina, que estiman que este efecto está presente irremediabilmente en este tipo de tratados.

Siguiendo la tónica que venimos viendo de desacuerdos, otra corriente niega esta condición, destacando entre ella el relator especial en el derecho de los tratados, Gerald Fitzmaurice, quien, en unos curiosas y expresivas palabras, estimaba que querer darles a estos tratados un efecto como el señalado, de *erga omnes*, es mística y esoterismo¹⁸; sin duda, ilustra bien la complejidad de la cuestión.

En concreto, el profesor británico argumentaba que lo que en realidad hay es un deber general de reconocer y respetar las situaciones de hecho o de derecho creadas en virtud de tratados lícitos y válidos. Por tanto, siempre que no se violasen los derechos

¹⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. I, pp. 99-100.

¹⁵ SUBEDI, Surya P. : « The doctrine...*op. cit.*, pp. 192.

¹⁶ Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.

¹⁷ Estudios de derecho internacional dedicados expresamente a esta regla pueden verse GROTTAMELLI DE SANTI, G. : « Il principio pacta tertius nec nocent nec prosunt e le attuali tendenze internazionali », *Studi Senesi in memoria di ottorino Vannini*, Milano, ed. Giuffrè, 1957, pp. 765 y ss. ; MC NAIR, Arnold : « A note on pacta tertius », *Liber Amicorum J.P.A. François*, LAF, 1959, pp. 188 y ss.

¹⁸ A/CN. 4/130, *Cinquième rapport de sir Gerald Fitzmaurice sur le droit des traités*, *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1960, vol. 2, pp. 93.

legítimos de los Estados que no participaran en estos tratados, éstos han de tolerarlos y aceptar su existencia y consecuencias, sobre la base de dicho deber¹⁹.

El argumento es, sin duda, interesante, pero, como se sabe, este deber tampoco se recogió en norma alguna de la Convención de Viena de 1969 y cuenta además con detractores, que lo reputan como insuficiente²⁰.

Finalmente, también puede atisbarse otra corriente que niega toda posibilidad de concurrencia de efectos erga omnes para estos tratados²¹, máxime ahora con la codificación que hace la Convención de Viena de 1969, la cual es bien explícita en la afirmación de la regla de la no obligación de los tratados fuera del círculo de los Estados partes y con unas claras y bien determinadas exigencias en su texto para que ello pueda ocurrir.

A lo sumo, para algunos, únicamente podría darse una vinculación más allá o esos pretendidos efectos *erga omnes* si el tratado en cuestión se ha convertido en una regla de derecho internacional consuetudinario, posibilidad prevista, como es sabido, en la Convención de 1969²². Ello explicaría muchos de los supuestos expuestos como tratados objetivos. Así ya lo puso de manifiesto en 1917, el profesor Roxburgh en su interesante libro sobre tratados y terceros Estados. Él, después de estudios en profundidad de muchos de estos tratados, llegó a esta conclusión²³.

Y, con todo y por último, todavía pueden encontrarse otras explicaciones diferentes a esta cuestión de los efectos. En concreto, hay quienes argumentan que la causa de la extensión de estos tratados a los demás Estados se encuentra en la no oposición, mera aquiescencia, tácita aceptación o no rechazo a los mismos. Ello se puede considerar base jurídica para explicar el referido efecto *erga omnes*²⁴.

De todas formas, ésto también entraría en colisión con la Convención de Viena de 1969, que, como sabemos, en sus artículos 35, 36 y 37, prevé una manifestación de consentimiento más formal del tercero para cargar con obligaciones e incluso derechos de un tratado²⁵.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ PREVOST, Francois : *Les...op. cit.*, pp. 477.

²¹ CAHIER, Phillipe : « Le problème des effets des traités a l'égard des Etats tiers », *Recueil des cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1974, vol. 143, pp. 677. El profesor Cahier incluso señalaba que la teoría de los regímenes objetivos era mera creación de la doctrina.

²² Lo que, como es sabido, se prevé en el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969.

²³ ROXBURGH, Ronald F. : *International conventions and third states. A monograph*, New York, ed. Longmans Green and Co., 1917.

²⁴ Así lo defienden algunos autores, como el alemán Klein (KLEIN, Eckart: *Statusvertrage im Volkerrecht: rechtsfragen territorialer sonderregime*, Berlin, ed. Springer, 1980).

²⁵ Sobre ello, puede verse ROZAKIS, Christos L. : « Treaties and third states : a study in the reinforcement of the consensual standards in international law », *Zeitschrift fur ausländisches offentliches recht und volkerrecht*, 1975, vol. 40, pp. 1 y ss; NAPOLETANO, Guido: "Some remarks on treaties and third states under the Vienna convention on the law of treaties", *Italian Yearbook of International Law*, 1977, vol. 3, pp. 75 y ss.; REUTER, Paul: "Du consentement des tiers aux norms d'un tratie", *Realism in*

III. TRATADOS PRETENDIDAMENTE OBJETIVOS QUE NO ENTRAN DENTRO DEL CONCEPTO DE REGIMEN OBJETIVO.

Tras ver todas las opciones y posibilidades presentes, el siguiente paso que debemos realizar es entrar en el análisis del concepto de régimen objetivo.

Pero antes es interesante aislar bien el concepto, ya que, si apreciamos el uso que dan los autores o la práctica internacional a este tipo de tratado, observamos que no utilizan exclusivamente una idéntica denominación. Podemos ver que a veces se denominan tratados que establecen regímenes objetivos, tratados sobre situaciones objetivas²⁶, que crean derecho objetivo²⁷ o, simplemente, tratados objetivos²⁸.

Y creemos que este matiz no es baladí y tiene su repercusión. Se suelen meter todos en un mismo saco, pero ello no debiera ser así y ya podemos entender que los tratados que establecen regímenes objetivos serían una subcategoría de otra más general.

Y, ¿qué son los tratados objetivos? Tradicionalmente, se ha entendido que los tratados, como los contratos de los derechos civiles internos o del derecho romano, se limitaban a crear derechos subjetivos que regían solo entre y para el círculo de las partes. El tratado era *res inter alios acta*, un asunto entre las partes, una *lex privata*, sin mayor repercusión fuera de ese círculo.

Siendo esto así, se puede entender que un tratado objetivo es lo contrario a esta suposición. Vista la cuestión desde el punto de vista del derecho, serían aquellos tratados que establecen normas y regulaciones generales, incluyendo necesariamente a los tratados multilaterales generales. Pero estas ideas chocan con el consensualismo del derecho de los tratados y la inadmisibilidad de tratados legislativos. Puede pretenderse una objetividad, pero no conseguirse. Además, incluso la denominación de tratados objetivos no sería la más oportuna y apropiada. Sería preferible utilizar la de tratados generales.

Ahora bien, podríamos mirar la cuestión desde otro enfoque y considerar a los tratados objetivos no desde el derecho, sino como hecho. Así serían objetivos, todos los tratados con existencia y presencia real en la escena internacional.

Y, en cierta manera, podemos vislumbrar que así se ha considerado a un considerable número de tratados del listado antes visto. El caso de los que establecen organizaciones internacionales es paradigmático al respecto.

law making. Essays on international law in honour of Willem Ripshagen, 1986, Dordrecht, ed. Martinus Nijhoff, pp. 155 y ss.

²⁶ Terminología que utiliza el profesor Cahier (CAHIER, P.: « Les ...*op. cit.*).

²⁷ Terminología que utiliza el profesor Mc Nair (MC NAIR, Arnold : « Treaties...*op. cit.*).

²⁸ Como hace el profesor Hinojo Rojas (HINOJO ROJAS, Manuel : « Los tratados objetivos como límite al relativismo del derecho internacional”, *Personalidad y capacidad jurídicas*, tomo II, Córdoba. Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pp. 727-745).

Además, el pronunciamiento de la Corte internacional de Justicia en su dictamen consultivo sobre reparación por daños sufridos en el servicio a Naciones Unidas da un claro apoyo a este argumento. Como expresamente dijo la Corte, cincuenta Estados representando a una amplia mayoría de miembros de la comunidad internacional tienen el poder, de conformidad con el derecho internacional, de crear una entidad que posea personalidad internacional objetiva y no meramente personalidad reconocida por ellos mismos²⁹.

Aquí, naturalmente, la clave está en que el tratado solo puede ser considerado un hecho para las terceras partes, sin que el mismo pudiera entrar a abordar y tratar materias que lesionen un interés jurídicamente protegido de otro Estado. Si fuera así, no habría base jurídica alguna para la extensión de tales obligaciones.

En este contexto, si puede tener una muy buena cabida la tesis, antes expuesta, del relator especial Fitzmaurice sobre el referido deber de respetar situaciones creadas por tratados lícitos y válidos. Estos lo serían. Aunque creemos que tampoco puede considerarse que ello pueda tener la naturaleza de un deber jurídicamente exigible. Bien puede un tercer Estado hacer una nota de queja o de no reconocimiento respecto a estos tratados. Lo que cabría aplicar sería, a lo sumo, una mera necesidad de tolerancia, por aplicación del principio general de buena fe que debe regir las relaciones entre Estados.

Ahora la pregunta que nos hacemos es si esta negación de efectos *erga omnes* y mera consideración objetiva de hecho rige también para los tratados que, siempre dentro del territorio de varios Estados soberanos, establecen fronteras, determinan una servidumbre internacional, aportan una regulación sobre vías ferroviarias o similar.

Ciertamente, desde nuestro punto de vista, la consideración de regímenes objetivos para estos tratados carece de sentido. Al ser dentro del territorio soberano de un Estado, otros Estados nada pueden objetar. Además, ya no cabe, como antaño, que se imponga por tratado limitaciones al territorio de un Estado. Tampoco caben otros argumentos. No hay razón para entender que estos tratados tengan que tener su fundamento en la producción de intereses de la comunidad internacional o en la idea de un status especial objetivo, como si defiende alguna doctrina, caso de la profesora Wyrozumska³⁰.

¿Tienen alguna especialidad o particularidad estos tratados? Si algún fundamento podría encontrarse para ello, lo encontraremos en la necesidad de garantizar y proteger una mayor estabilidad, por seguridad en las relaciones internacionales. Ello explicaría

²⁹ *International Court of Justice, Reports, 1949, Advisory opinion on Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion 11 april, pp. 185.*

³⁰ Como expresamente señala esta profesora, “the main purpose of treaties establishing territorial regimes is the protection of certain interest of the international community, for example they are concluded in order to provide certain facilities for communication or even the protection of security of certain regions. By virtue of these treaties states restrain the execution of their territorial jurisdiction by doing so for the benefit of another state or a group of states or in the interest of all states they confer a special legal status on a part of their territories. This status, because of the objective importance of an interest protected, gains therefore the objective legal effectivity” (WYROZUMSKA, Anna: “Treaties establishing territorial regimes”, *Polish Yearbook of International Law*, 1986, vol. 15, pp. 276).

las disposiciones de la Convención de Viena de 1978 sobre Sucesión de Estados en Materia de Tratados, artículos 11 y 12, u otras reglas, como la que impide la invocación de la norma de *rebus sic stantibus*, el cambio fundamental de circunstancias, prevista en el párrafo segundo del artículo 59 de la Convención de Viena de 1969, para dar por terminado los mismos.

Estas razones pueden darles una singularidad a estos tratados, pero alejado de lo que estamos viendo. Además, la idea, antes citada, de que lo contenido y establecido en ellos perdura aunque termine el tratado tampoco tiene demasiada viabilidad. La fijación de fronteras y similares sí quedaría y perduraría pero por aplicación del derecho internacional general, de intangibilidad de las mismas³¹. Pero, en otros, si el fundamento del derecho real se estableciera en un tratado y éste se extingue, podemos estimar que también seguiría la misma suerte y se extinguiría.

IV. ENSAYO DE DEFINICION DE REGIMEN OBJETIVO PARA EL DERECHO DE LOS TRATADOS.

Preguntarse qué es un régimen objetivo también se presenta una cuestión escurridiza y compleja, máxime cuando podemos constatar que a esta expresión se recurre en otras parcelas y ámbitos. Ciertamente, la ciencia hermana de las relaciones internacionales hace uso con profusión del concepto de régimen y regímenes. También en el ámbito del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados se ha utilizado, particularmente, por uno de los relatores especiales en la materia, el profesor holandés Riphagen³².

Para las relaciones internacionales, un régimen alude a los ámbitos donde puede haber acuerdo y cooperación entre los Estados, funcionando de forma continúa una regulación basada en la colaboración. Un reputado autor, como Stephen Krasner, lo define como las instituciones que poseen normas, sistemas de toma de decisión y procedimientos que facilitan y hacen converger las expectativas de los Estados³³. Como vemos, serían unas excepciones al régimen general de anarquía de las relaciones internacionales.

En materia de responsabilidad internacional de los Estados, el citado relator especial quería contemplar como regímenes objetivos a aquellas parcelas del derecho

³¹ Parece que la professor Chinkin también mantiene una posición en este sentido y considera que estas particularidades no dependen del tratado sino de las reglas de competencia territorial. En sus palabras, « State succession was also omitted from the Vienna convention necessitating the subsequent Vienna convention on State succession. That convention is not so narrowly drawn and explicitly provides for dispositive treaties and boundary regimes. In both cases it can argued that the succession is not the treaty, but to the territory as defined. This presents the situation as a matter of territorial competence rather than treaty law” (CHINKIN, Chistine: *Third parties in international law*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 36).

³² Véase *Yearbook of the International Law Commission*, 1981 (vol. 22), 1982 (vol. 23).

³³ KRASNER, Stephen: “Structural causes and regime consequences: regime as intervening variable”, *International Organization*, 1982, vol. 36, pp. 186. Sobre esta material también es interesante la lectura de la obra KRASNER, Stephen (ed) : *International Regimes*, Ithaca, Cornell University Press, 1983.

internacional que tienen un régimen propio y particular de respuesta a los incumplimientos de sus normas, sin que se aplicaran las reglas generales de contramedidas. Sería, por ejemplo, el régimen de la Organización Mundial del Comercio, incluso las reglas del derecho diplomático. Sin embargo, esta interpretación y uso del concepto no ha tenido mucha fortuna y no volvió a utilizarse más. Incluso no sería desde luego conveniente rescatar este uso que llevaría más confusión a la existente.

En consecuencia, tenemos que entender que, para el derecho de los tratados, no hay que tener en cuenta ningún otro contenido, presentando el concepto sus rasgos propios y singulares.

Como antes indicamos, el relator especial Waldock intentó dar una definición de régimen objetivo, la contenida en el artículo 63³⁴, la cual es bastante meritoria, aunque, desde nuestro punto de vista, podemos considerar que es demasiado amplia, siendo posible dar una definición más acotada y quizás más operativa.

En este sentido, podemos considerar que la nota definatoria de un régimen objetivo es la regulación internacional de un espacio físico concreto excluido de la soberanía de cualquier Estado.

En la definición de Waldock se hace referencia a que estos tratados versen sobre una región, Estado, territorio, localidad, río o vía navegable, zona de mar, espacio aéreo, fondo de mar. Parece querer agotar todas las posibilidades al no cerrar con puntos suspensivos o con el correspondiente etcétera. Se podrían añadir más posibilidades, como vimos anteriormente, pero, en suma, lo importante y la nota común que aglutina a todos es el ser un espacio físico.

De otro lado, de la definición de Waldock se colige que el espacio puede pertenecer o seguir siendo de la soberanía de algún Estado en concreto. Entre las partes del tratado,

³⁴ Dicho artículo disponía expresamente que : « 1. Un tratado establece un régimen objetivo cuando se deduce de sus estipulaciones y de las circunstancias de su celebración que la intención de las partes es crear en interés general obligaciones y derechos de carácter general relativos a una región, estado, territorio, localidad, río o vía navegable determinados o a una determinada zona del mar, fondo del mar o espacio aéreo, a condición de que entre las partes figure algún Estado que tenga competencia territorial con referencia a la materia que sea objeto del tratado o que tal estado haya consentido en la disposición de que se trate. 2 a) Cuando un estado que no sea parte en el tratado consiente expresa o implícitamente en la creación o en la aplicación de un régimen objetivo, se considerará que ese Estado ha aceptado dicho régimen. b) Cuando un Estado que no sea parte en el tratado no proteste contra el régimen, ni manifieste de otra forma su oposición al mismo, durante un plazo de x años contando desde la fecha de registro del tratado en la secretaría de las Naciones Unidas. 3. Un Estado que haya aceptado un régimen del tipo mencionado en el párrafo primero : a) Estará sujeto a cualesquiera obligaciones que el mismo entrañe y b) podrá invocar las disposiciones del régimen y ejercitar todo derecho de carácter general que el régimen confiera, con sujeción a las estipulaciones del tratado. 4. Salvo que se disponga otra cosa en el tratado, un régimen del tipo mencionado en el párrafo primero solo podrá ser modificado o revocado por las partes en el tratado con el asentimiento de los Estados que hayan aceptado expresa o implícitamente el régimen y tengan un interés sustancial en su aplicación » (A/CN. 4/167, Tercer informe sobre el derecho de los tratados de Humphrey Waldock, 3 de marzo de 1964, Naciones Unidas).

siguiendo con sus palabras, tiene que figurar algún Estado (¿solo alguno ?) que tenga competencia territorial con referencia a la materia que sea objeto del tratado o que tal Estado haya consentido en la disposición de que se trate³⁵.

Hay que entender que esta referencia es una rémora histórica. En el derecho internacional clásico se podrían encontrar supuestos de imposición de un régimen en parte de su territorio. Ahora es difícil concebir que los Estados, en virtud de su integridad territorial, accedan a estas limitaciones³⁶. No estarían obligados. Y, en todo caso, si accediesen, el espacio físico de que se trate quedaría necesariamente excluido de la competencia soberana por mor de la regulación internacional establecida.

¿Podría afirmarse que los tratados de Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok, Pelindaba o de Asia central establecen un régimen objetivo? Como es conocido, estos tratados establecen determinadas áreas o regiones libres de armas nucleares. Están concluidas por todos los Estados cuyos territorios conforman dichas áreas, todos incluidos. Por ello, desde nuestro punto de vista, no lo son. A los demás Estados de la comunidad internacional no se les impone nada. No interfieren en la esfera jurídica, con limitaciones no posibles, de ningún otro Estado. Tendrían la misma lógica jurídica de los anteriormente señalados tratados objetivos como hechos.

Pero donde sí podríamos ya hablar realmente de efectos *erga omnes* que se imponen a los Estados es en la definición de régimen objetivo que hemos dado.

Lógicamente, al haber una regulación de un espacio concreto y que no está en la soberanía de ningún otro Estado de la comunidad internacional sí podría hablarse de intención de verdadera legislación internacional. Aunque lo que cabe ver ahora es si ello es posible y cabe en el derecho internacional contemporáneo.

V. LA PRACTICA CONTEMPORANEA DE TRATADOS QUE ESTABLECEN REGIMENES OBJETIVOS

De acuerdo con la definición dada, sería interesante ver ahora si se dan estos casos en la práctica y, sobre todo, cuáles serían sus efectos jurídicos.

En el derecho internacional clásico no hay duda que los había y hemos visto numerosos ejemplos ajustados a dicha definición: ciudades internacionalizadas (por ejemplo, Cracovia en 1815, los tratados sobre Tangerang, etc), islas desmilitarizadas,

³⁵ También lo defiende así el profesor Schweisfurth. Expresamente, señala que “when the treaty is to establish a legal regime for a certain area then it cannot be concluded without the participation of the territorial sovereign of that areas, as the Panama Canal regime cannot be established without Panama participation (SCHWEISFUTH, Theodor: “International treaties and third states”, *Zeitschrift fur ausländisches offentliches recht und volkerrecht*, 1985, vol. 45, pp. 659).

³⁶ Otra cosa es que se pudiera establecer por una norma de derecho internacional general, pero no por tratado.

internacionalización de canales... Hay que entender que la situación de entonces y el papel de las grandes potencias facilitaba la conclusión de estos tratados.

Pero ello ya no es así. Estas situaciones no tienen ya cabida en el derecho internacional actual, añadiendo más interés si cabe a la pregunta antes indicada de si se dan estos tratados en la actualidad.

Un primer supuesto que podría ser considerado como régimen objetivo en virtud del concepto anteriormente dado es el tratado antártico de 1 de diciembre de 1959 que, como es sabido, regula aquella región, los territorios, incluyendo las barreras de hielo, ubicados al sur de los sesenta grados de latitud sur y que ha sido continuado por otros tratados, como el protocolo de Madrid de 4 de octubre de 1991. Su carácter de régimen objetivo fue reconocido por los relatores especiales antes citados, Fitzmaurice³⁷ y Waldock³⁸. No obstante, es necesario señalar que hay una postura que niega que este tratado pueda tener esta consideración³⁹. Para mayor complicación podemos encontrar hasta autores que consideran que el régimen convencional antártico es en realidad un régimen internacional según el concepto antes apuntado de las relaciones internacionales. Puede verse, por ejemplo, el reciente trabajo del chileno Jorge Berguño⁴⁰.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que sí cabe considerarlo como un régimen objetivo. Primordialmente, porque aquí la regulación establecida si tiene alcance general y carácter *erga omnes*. Sin embargo, hay que reconocer que el tratado surge en un contexto peculiar, *sui generis*, que hace que no sea un modelo de creación de regímenes objetivos extensible e incluso aceptable.

La regulación general queda de manifiesto en el hecho de que constituye un espacio no sujeto a la soberanía de ningún Estado. No se regulan intereses meramente subjetivos de los Estados y la regulación establecida es única, sin que quepa otro régimen aplicable, esto es una aplicación simultánea de normas.

Pero, *a fortiori*, otro fuerte argumento para basar esta condición *erga omnes* la encontramos en el carácter concedido a este territorio y a este régimen como de interés para la humanidad en su conjunto. Como es sabido, ello se expresa en el preámbulo del referido tratado antártico de 1959. Siendo esto así, hay que presumir naturalmente que todo Estado de la comunidad internacional está interesado en dicha regulación. La misma no le puede ser ajena.

Es curioso recordar que la India, en febrero de 1956, reclamó en Naciones Unidas la necesidad de que el régimen para la Antártida sea debatido y adoptado por todos los

³⁷ Como lo recuerda su hija Malgosia (FITZMAURICE, Gerald : « Treaties...*op. cit.*, pp. 123.

³⁸ A/CN.4/167/1964, pp. 30.

³⁹ SIMMA, Bruno : « The antarctic treaty as a treaty providing for an objective regime », *Cornell International Law Journal*, 1986, vol. 19, pp. 189 y ss.

⁴⁰ BERGUÑO, Jorge: "El tratado antártico como régimen internacional », *Diplomacia*, 2009, vol. 120, pp. 23 y ss.

Estados de la comunidad internacional. Hizo referencia al interesante argumento de que esta regulación influía en el clima mundial, de todos⁴¹.

No obstante, como es conocido, solo algunos Estados, el llamado club antártico, concluyó el tratado, no aceptando aquella idea y no abriendo la negociación a más Estados. Primordialmente, estos Estados son los que habían mantenido reivindicaciones territoriales sobre la zona, con presencia incluso física en el área. Digamos que esta situación les confirió un especial status, de hecho, para esta conclusión. Aquí, naturalmente, está la explicación de la naturaleza particular de este régimen objetivo. En cierta manera, es heredero de la teoría más clásica, antes vista del papel de las grandes potencias en la creación de los regímenes objetivos. Aquí tiene más preeminencia el hecho que el derecho, la posición de fuerza antes que el interés jurídico.

No obstante, el régimen trae también consigo un nuevo aire contemporáneo con el acogimiento del interés de la humanidad en su conjunto. Tiene su mérito. Y además, ésta puede ser una buena idea sobre la que basar una teoría contemporánea de los regímenes objetivos. Aunque, como podemos igualmente imaginar, ésta no puede casar bien con el hecho de que solo algunos Estados administren este interés. En consecuencia, podemos decir que el régimen objetivo antártico tiene un carácter de transición.

Con posterioridad a este tratado, podemos ver que la aplicación de los regímenes objetivos se ha traído a colación en otras ocasiones⁴². Este es el caso, por ejemplo, de la regulación de la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos, la conocida parte XI de la Convención de Montego Bay sobre el Derecho del Mar de 1982. Como se sabe, la adopción en este primer momento no contaba con el beneplácito de los Estados Unidos y otras potencias occidentales ; posteriormente, se adoptó el conocido acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI, adoptado en 1994, que ha permitido que se cuente con un mayor respaldo de la comunidad internacional.

Aquí naturalmente se puede hablar que lo regulado tiene carácter *erga omnes*, desde el momento en que se pone en marcha un sistema de explotación. La regulación es única y no puede diferenciar entre Estados que son parte de otros que no lo son. Igualmente, aquí también se da el caso de que el espacio tiene la consideración de patrimonio común

⁴¹ Citado en BERGUÑO, Jorge : « El tratado... op. cit., pp. 30. También Malasia suele, todos los años, presentar un escrito en Naciones Unidas invocando que este régimen tiene que tomar en cuenta los intereses de todos los Estados de la comunidad internacional (Véase, por ejemplo, A/RES/40/156 (B), 16 december 1985).

⁴² Véase, por ejemplo, ARROW, Dennis : « Seabeds, sovereignty and objectives regimes », *Fordham International Law Journal*, 1984, vol. 7, pp. 169-243; VASCIANNIE, Stephen: "Part XI of the law of the Sea convention and third states: some general observations", *Cambridge Law journal*, 1989, vol. 48, pp. 85 y ss. Es también interesante ver LEE, L.: "The law of the Sea convention and third states", *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, pp. 541 y ss. También en los informes internos de los juristas de Naciones Unidas estuvo presente esta cuestión, no reconociéndola, pero si, al menos, estudiándola y teniéndola presente.

de la humanidad⁴³. Luego, en consecuencia, podemos seguir hablando de que la regulación es de interés para todos los Estados de la comunidad internacional. Existe necesariamente un interés colectivo que refuerza que la regulación pueda tener ese carácter *erga omnes*.

Con todo, es necesario indicar que esta práctica deja muchas dudas sobre la manera y forma en la que pueden constituirse los regímenes objetivos.

Curiosamente, se hizo más alusión al mismo antes del acuerdo de aplicación, lo que, de hecho, hubiera supuesto que esta teoría avalaba y permitía la aplicación de un régimen en contra de la voluntad de los Estados Unidos y otros Estados occidentales. Sería dar un giro de ciento ochenta grados con respecto del régimen clásico. Tras alcanzarse el acuerdo de aplicación, ya se ha mencionado mucho menos esta teoría. Tampoco nadie se ha acordado de otros terceros Estados menores que no participan en el tratado. A la postre, se vuelve a mostrar el papel de las grandes potencias.

Por otra parte, podemos vislumbrar otra situación en la que podrá hablarse en un futuro de la teoría de los regímenes objetivos. Este es el caso del régimen convencional de la luna, regulado, como se sabe, por el tratado que regula las actividades en la luna y otros cuerpos celestes de 1979 y que entró en vigor el 11 de julio de 1984. Dicho territorio también tiene la consideración de patrimonio común de la humanidad, lo que deja dicho su artículo undécimo.

Pero, asimismo, este artículo ya prevé, en su párrafo quinto, la necesidad de establecer un régimen internacional para la exploración y explotación. Todavía no se han dado las condiciones tecnológicas y técnicas para que ello sea posible, viable, de ahí que la cuestión este pacífica. Pero podemos ver ya de antemano que será necesario establecer unas reglas, mediante tratado, para hacer posible este objetivo. Ello también lo han puesto de manifiesto algunos especialistas en esta rama del derecho internacional⁴⁴. Dicha regulación también tendrá necesariamente carácter *erga omnes*. Cabe pues imaginar que será una cuestión controvertida y más si se espera encontrar allí lucro y considerables ganancias.

Naturalmente, podemos pensar en la concurrencia de más regímenes objetivos en el presente derecho internacional. El profesor Klabbers pone por ejemplo los cementerios

⁴³ Es curioso poner de manifiesto que precisamente un autor negaba la posibilidad de que la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos fuera un régimen objetivo por el hecho de que no había ningún Estado de los que tienen competencia en el territorio, siguiendo a rajatabla la definición dada por Waldock, aunque ya hemos señalado que este requisito es inconsistente (VASCIANNE, Stephen : « Part XI...*op. cit.*, pp. 90).

⁴⁴ Véase HANAPPEL, PPC.: “Art. XI of the Moon Treaty”, *Proceedings of the twenty-third colloquium on the law of outer space, International Institute of Space Law of the international astronomical federation, September 21-28, 1980, Tokyo, Japan, American Institute of Aeronautics and astronautics, 1981, pp 30*. Véase también KAMENATSKAYA, E.: “The outer space treaty and third states”. *Proceedings of the twenty-first colloquium on the law of outer space. International Institute of Space Law of the International Astronautical federation, oct 1-8, 1978 Dubrovnik, 1979, University of California School of Law, pp. 222 y ss.*

marinos⁴⁵, creados en virtud del tratado de Estonia. Podemos, asimismo, atisbar más supuestos con las características referidas que regulen el espacio de que se trate⁴⁶.

Ahora bien, también hay que advertir la posibilidad de que se quiera aprovechar la doctrina de los regímenes objetivos para servir de sustento a otras derogaciones bien diferentes a la regla *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* o del efecto relativo de los tratados, en particular, para supuestos que no entran dentro del concepto que antes aportamos.

Un ejemplo de ello puede ser la pretensión de artículo 21 del Convenio sobre la Conservación y Gestión de las Especies Pesqueras Transzonales o Altamente Migratorias, adoptado el 4 de agosto de 1995. En concreto, este artículo permite tomar medidas, en el marco de las organizaciones regionales de conservación, para la protección de estas especies, incluso sobre Estados ni miembros en el tratado⁴⁷.

Algunos han defendido que también cabe aquí hablar de régimen objetivo, pero, a nuestro juicio, no se da una de las condiciones requeridas para un régimen, como es el carácter concreto y singular del espacio físico de que se trate. Aquí se aborda la cuestión de manera general, con vocación de normativa general y ello debiera ser materia para la costumbre, máxime cuando puede estar apartándose de la misma. Algunos estudios de dicho artículo, desde la óptica del derecho de los tratados, también corroboran esta visión de que no puede ser ésto una excepción al efecto relativo de los tratados ni tener la consideración de régimen objetivo⁴⁸.

VI. CONCLUSIONES

Hay quienes ven a los regímenes objetivos, entre los que están el profesor Barnes⁴⁹, como una doctrina de progreso y de incorporación de los intereses generales de la

⁴⁵ KLABBERS, J.: « Les cimetières marins sont-ils établis comme des régimes objectifs, *Espaces et Ressources Maritimes*, 1997, pp. 121 y ss.

⁴⁶ Un supuesto, por ejemplo, sería la órbita geostacionaria, la cual es un espacio físico limitado, deseado para la disposición de satélites y que puede llegar pronto a un nivel de saturación importante.

⁴⁷ *Agreement for the implementation of the provisions of the United Nations Convention on the law of the Sea of 10 december 1982 relating to the Conservation and management of Stradling fish stocks and highly migratory fish stocks, adopted on 4 august 1995, Doc. A/CONF. 164/33.*

⁴⁸ Véase FRANCKX, E.: « Pacta tertiis and the agreement for the implementation of the straddling and highly migratory fish stocks provision of the United Nations Convention on the law of the sea », *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2000, vol. 8, pp 49 y ss.; HANDL, G.: « Regional arrangements and the third states vessels: is the pacta tertiis rule being modified?, *Competing norms in the law of marine environmental protection*, H. Ringbam (ed.), 1997, pp. 217 y ss.

⁴⁹ BARNES, Richard A.: « Objective regimes revisited », *Asian Yearbook of International Law*, 2000, vol. 9, pp. 97 y ss. El citado profesor define a los regimenes objetivos de la siguiente manera: « an objectif regime may be defined as a situation of law created by the parties to an agreement, which purports to have directly applicable legal effects on third parties (pp. 97). No obstante, es necesario senalar que, en otro lugar, viene a reconocer que ha de versar sobre un elemento territorial. En sus palabras, « a review of practice and doctrinal opinion quite clearly demonstrate the requirement that the regime must be territorial » (pp. 133).

comunidad internacional como límite al rigor del consensualismo del derecho de los tratados y de la aludida regla del efecto relativo.

No obstante, esta regla se encuentra bien asentada en el derecho internacional general y la doctrina de los regímenes objetivos no debe ni puede cumplir dicho cometido.

Ahora bien, sí es cierto, por otra parte, que existen los regímenes objetivos y pueden perfectamente suponer una excepción a dicha regla, cumpliendo unas condiciones apropiadas y motivadas por la propia naturaleza de las cosas. Puede constatarse la existencia de efectos *erga omnes* con implicaciones para todos los Estados cuando se trata la regulación de espacios físicos concretos no sujetos a la soberanía de ningún otro Estado, siendo *res communis* o internacionales. Además, normalmente, esta regulación, en la práctica, no admite la coexistencia de otro régimen; solamente cabe una regulación y ésta ya condiciona a todos los Estados.

Lo cierto es que podemos concluir que hay un vacío normativo en esta cuestión. La Convención de Viena de 1969 no aporta una solución a esta cuestión, mejor dicho la deja abierta. Lo más preocupante de ello es que salimos del derecho para entrar en el dominio de los hechos y aquí son las correlaciones de fuerza las que determinan los resultados.

La lógica jurídica nos debe llevar a concluir que la negociación y la conclusión de los tratados que regulan estas cuestiones debieran estar abiertos a la participación de todos los Estados de la comunidad internacional o, al menos, auspiciados por una organización internacional de carácter universal. También sería lógico exigir un amplio respaldo para su adopción y entrada en vigor, por el interés común. Pero también el tratado resultante debiera beneficiarse de alguna limitación del rigorista consensualismo de la Convención de Viena de 1969. Se podría también permitir un consentimiento atenuado, como la aceptación tácita o la no oposición⁵⁰ e incluso algún pequeño porcentaje de Estados que manifiesten su disconformidad. Estas son nuestras propuestas.

Recapitulando, podemos concluir que solo podemos hablar realmente de regímenes objetivos en los tratados que regulan un espacio físico concreto de carácter internacional no integrado en el territorio ni sujeto a la soberanía de otro Estado. Estos tratados, ya de por sí, tienen carácter *erga omnes* y debería regularse y concretarse su régimen jurídico, lo que no llegó a hacer la Convención de Viena de 1969. Tradicionalmente, se ha incluido otro tipo de tratados dentro de dicha denominación, pero realmente podemos concluir que no ha de ser así y no presentan especialidad alguna.

⁵⁰ Waldock ya lo recogía en su referido artículo.