

para representar al Estado. Los casos que han de tenerse en cuenta son aquellos en que una parte se ha aprovechado de actos que sabía estaban fuera de la competencia del representante de la otra parte. ¿Puede acaso mantenerse que ciertos tratados impuestos bajo presión psicológica, o de otro tipo, son válidos en realidad y que, por ejemplo, la firma del Presidente Benés era válida cuando firmó actos que no tenía poder constitucional para firmar? Parece muy difícil sostener que todo lo que se requiere para resolver este problema es verificar la competencia del respectivo órgano.

58. Pero la cuestión de la constitucionalidad entraña la de la limitación de los actos internacionales: problema complicado en verdad, porque supone tener en cuenta, por un lado, los principios democráticos, por otro la posibilidad de determinar de algún otro modo la fuerza constitucional del acto. Se han propuesto varias soluciones para este problema. El derecho de los Estados Unidos, por ejemplo, establece una diferencia entre los tratados propiamente dichos y los llamados «acuerdos ejecutivos».

59. Las tres teorías que deben ser examinadas han sido expuestas en el informe y a todas ellas se pueden oponer objeciones; la tarea de los miembros de la Comisión consiste en adoptar una solución única y definitiva.

60. El párrafo 4 plantea cierto número de delicados problemas que conducen a su vez a diversas interpretaciones. Por ejemplo, ¿qué criterios han de aplicarse para distinguir la buena de la mala fe? Hoy día, un Estado puede fácilmente conocer las disposiciones de la constitución escrita de otro Estado, e incluso también las demás normas constitucionales; pero es dudoso que los hechos sean conocidos por los negociadores personalmente. Asimismo, es difícil decidir acerca de la validez de un tratado o de la posibilidad de anularlo, o acerca del plazo en que se pueda ejercitar el derecho a impugnar la validez de un acto internacional.

61. Respecto del apartado b) del párrafo 4, aunque el orador aprueba el principio de que la ratificación puede ser anulada cuando un representante ha actuado *ultra vires*, este principio entraña muchos peligros desde el punto de vista de la seguridad de las relaciones internacionales, por lo que pide a la Comisión que aplase su decisión por una semana, para poder meditar detenidamente sobre este problema al mismo tiempo que se prosigue una discusión fructífera.

62. Debe formular una reserva respecto del apartado a) del párrafo 2, porque forma parte de la minoría que el año anterior no pudo aceptar el texto relativo a la no ratificación de los tratados en forma simplificada, y tendrá también que presentar reservas a otros artículos estrechamente ligados al artículo 5 de la parte I. El problema no es solamente el de la primacía del derecho internacional, sino también el de la necesidad de una mayor seguridad en las relaciones internacionales y de establecer sobre una base firme la validez de los actos internacionales.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

675.^a SESION

Miércoles 8 de mayo de 1963, a las 10 horas

Presidente: Sr. Eduardo JIMÉNEZ de ARÉCHAGA

Derecho de los Tratados (A/CN.4/156 y Adiciones)

[Tema 1 del programa] (continuación)

ARTÍCULO 5 (LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA FACULTAD PARA CONCERTAR TRATADOS) (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a continuar el examen del artículo 5 de la sección II del segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/156).

2. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, respondiendo a una pregunta del Sr. Tunkin en la sesión anterior, sobre el contenido de la sección IV de su segundo informe, que será distribuido dentro de una semana aproximadamente, dice que de sus cuatro artículos, el primero se ocupa de la facultad de anular, denunciar o declarar caducado un tratado. El segundo, del procedimiento que ha de seguirse en aquellos casos en que en el propio tratado exista un derecho expreso o implícito para hacer alguna de esas cosas. El tercero, el artículo 25, que tal vez sea más controvertible, indica el procedimiento que ha de seguirse cuando el derecho de anular, denunciar o declarar caducado un tratado nace de la aplicación de la norma jurídica, como ocurre por ejemplo en el caso de infracción del tratado, o de la aplicación del principio *rebus sic stantibus*. Los internacionalistas conceden gran importancia al problema de procedimiento y una de las principales cuestiones que han de ser examinadas es la de si ha de existir algún requisito de procedimiento para el ejercicio de esos derechos. Se ha ocupado deliberadamente del aspecto procesal en un grupo separado de artículos, y aunque éstos tienen una clara influencia sobre algunos de los problemas generales que se plantean en las secciones II y III, estima que el fondo de estas secciones puede examinarse por adelantado. El cuarto artículo, el artículo 26, es bastante breve y se ocupa del problema de la disyunción de las disposiciones de un tratado.

3. La sección V, que todavía no está completa, tratará de los efectos de la anulación, denuncia o suspensión de un tratado. La sección contendrá algunos de los puntos comprendidos en el segundo informe de Sir Gerald Fitzmaurice¹, aunque en algunos aspectos su proyecto de artículos difiere sustancialmente del de su predecesor. No ha podido terminar todavía la sección V porque ha tenido que dejarla de lado al recibir una comunicación de la Secretaría relativa a la petición de la Asamblea General, que figura en la resolución 1766 (XVII), de que la Comisión continúe estudiando la cuestión de una mayor participación en tratados multilaterales generales concertados bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones. Ha tenido que dedicar a esta cuestión

¹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1957, Vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1957.V.5, Vol. II), págs. 17 a 76.

una atención preferente para prevenir el caso de que se le pida que prepare algo sobre el tema en un corto plazo.

4. El Sr. VERDROSS dice que, a su juicio, los tres primeros párrafos del artículo 5 podrían ser aceptados en sustancia por todos los miembros de la Comisión si se simplificase la redacción en algunos pasajes; labor que podría encomendarse al Comité de Redacción. Únicamente el párrafo 4 ofrece algunos inconvenientes; el texto propuesto podría sustituirse por el siguiente:

« a) No serán aplicables las disposiciones de los párrafos 2 y 3 si el órgano de un Estado contratante o los órganos de los Estados contratantes, facultados para concertar tratados internacionales, tienen o deben tener conocimiento de que el tratado no puede ser concertado de manera definitiva sin el consentimiento de otro órgano u otros órganos de los Estados respectivos.

b) Sin embargo, tal tratado tendrá validez internacional si el otro órgano o los otros órganos competentes para dar su consentimiento a un tratado internacional no reaccionan inmediatamente después de enterarse de que se ha concertado un tratado sin su consentimiento. »

5. Tanto en la teoría actual como en la práctica contemporánea del derecho internacional se establece, en el procedimiento para concertar tratados internacionales, una clara distinción entre la formación de la voluntad del Estado, que se rige por el derecho interno, y la declaración de esa voluntad ante otros Estados, la determinación del órgano que posee la facultad de hacer esa declaración estando regida tanto por el derecho interno como por el derecho internacional. La propia Comisión ha enunciado esa norma en su proyecto de 1962¹.

6. La dificultad surge del hecho de que la distinción entre la formación de la voluntad de un Estado y la declaración de esa voluntad ante otros Estados se basa siempre en la hipótesis de que el órgano interesado declara la auténtica voluntad del Estado, conforme al principio básico de la buena fe. Si manifiestamente la declaración no es de buena fe, resulta obvio que el tratado no es válido. Una importante limitación surge cuando el órgano competente da su consentimiento con posterioridad, porque en ese caso el problema ya no existe. Cuando ello ocurre así, no hay necesidad de ir tan lejos como va el párrafo 4. Si los órganos competentes para dar el consentimiento a un tratado internacional no reaccionan inmediatamente después de haber llegado a su conocimiento que se ha concertado un tratado sin su consentimiento, puede presumirse, en beneficio de la estabilidad de las relaciones internacionales, que conceden tácitamente la aprobación. En esos casos corresponde a cada Estado manifestar si aprueba o no un instrumento concluido en tales circunstancias. Por ello presenta su enmienda como una base de discusión; no opondría ninguna objeción a que se añadiese a ello el inciso i) del apartado b) del párrafo 4, que es suficientemente explícito.

7. El Sr. BRIGGS dice que resulta difícil llegar a una conclusión definitiva sobre los artículos de la sección II sin saber cuál ha de ser el contenido de la sección IV, que todavía no ha sido publicada.

8. El artículo 5, que ha sido redactado muy inteligentemente por el Relator Especial, parece en su conjunto aceptable. Sin embargo, algunos miembros han manifestado dudas acerca del párrafo 4 porque introduce un principio contrario al de la facultad ostensible enunciado en la primera parte del artículo; y en opinión del orador ese párrafo debería ser arrojado por la borda. El texto del Sr. Verdross no constituye una variante satisfactoria. También debería suprimirse el apartado b) del párrafo 3.

9. Propone, aunque no con carácter de enmienda oficial, otro texto, inspirado en gran medida en la primera parte del artículo 5 y que dice lo siguiente:

« Cuando la Constitución de un Estado condicione la entrada en vigor o la obligatoriedad de un tratado a la previa aprobación constitucional de un órgano de ese Estado, la firma o el depósito de un instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, sin atenderse a esos requisitos constitucionales, por un representante ostensiblemente facultado para ello según las normas enunciadas en el artículo 4 de la parte I, sólo podrá retirarse con el consentimiento de las demás partes en el tratado. »

10. El Sr. TABIBI dice que el tema del artículo 5 es muy complejo y ha dado lugar a opiniones muy diferentes. Por ejemplo, cada uno de los tres Relatores Especiales anteriores sobre el derecho de los tratados ha basado sus propuestas en una teoría diferente. Sin embargo, ha de incluirse en el proyecto un artículo concerniente a las limitaciones constitucionales a la facultad para concertar tratados.

11. Aunque está de acuerdo en general con el criterio del Relator Especial, cree que el texto actual no es totalmente aceptable porque restringe las facultades constitucionales del Estado en favor del derecho internacional. Una de sus principales objeciones al texto es que, según el párrafo 4, el representante de un Estado que carezca de las facultades constitucionales adecuadas podrá manifestar su consentimiento en quedar obligado por un tratado aun cuando una parte contratante, o varias partes o el depositario conozcan ese defecto. Sería muy perjudicial, especialmente para los Estados pequeños, débiles y sin experiencia, más necesitados que otros de la protección del derecho internacional, que en su nombre pudiera un representante, sin facultades para ello, concertar un tratado que fuese considerado válido en derecho internacional y perjudicase a sus intereses políticos y económicos.

12. Naturalmente, es difícil subordinar el derecho internacional a las limitaciones constitucionales internas, pero como el Sr. Tunkin ha subrayado acertadamente en la sesión anterior, ha de salvaguardarse a toda costa el derecho a la autodeterminación política y económica. Ese derecho está enunciado en el artículo 1 del proyecto de pacto sobre derechos civiles y políticos, que ya ha sido aprobado por la Tercera Comisión de la Asamblea General y ha de ser respetado en todo artículo que

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimoséptimo período de sesiones, Suplemento N.º 9, pág. 5 y siguientes.

trate de las limitaciones constitucionales a la facultad para concertar tratados.

13. Dada la dificultad de redactar una disposición que proteja los intereses del Estado conforme al derecho internacional y preserve la estabilidad de los tratados concertados de buena fe, quizá sería conveniente designar un pequeño grupo de trabajo que, después de estudiar la propuesta del Relator Especial y las de sus predecesores, y teniendo en cuenta las opiniones manifestadas en el debate, prepare un nuevo texto que responda a las necesidades actuales.

14. El Sr. GROS reconoce que el artículo 5 plantea algunas dificultades y quizá no sea posible dar inmediatamente a ese texto su forma definitiva; pero no es tan pesimista en cuanto a ello como algunos miembros de la Comisión. La dificultad surge del hecho de que el artículo suscita problemas doctrinales de derecho, en especial el de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho constitucional, y también está relacionado con las consecuencias prácticas del proyecto en la medida en que el artículo fije las normas en una esfera que es todavía objeto de controversia.

15. El artículo 5, tal como el Relator Especial lo concibe, se refiere a los tratados indebidamente concertados o ratificados a causa de que la representación de una de las partes era sólo aparentemente válida. Existen en la actualidad tantos tratados generales, multilaterales y bilaterales, que resulta dudoso si desde el punto de vista jurídico y práctico puede seguirse otra norma que la de la confianza en las apariencias, por razones evidentes de mantenimiento de buenas relaciones internacionales, conforme al principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados, y de facilitar las negociaciones; la norma contraria obligaría a verificar no sólo la regularidad sino también la « constitucionalidad » de los poderes de todos los negociadores.

16. El criterio adoptado por el Relator Especial es congruente con la práctica internacional, como lo muestra su comentario al artículo 5 y su excelente trabajo relativo al artículo 4. La mayoría de las dificultades que pueden surgir en la hipótesis prevista en el artículo 5 quedan resueltas por la conducta ulterior de los Estados, como el Relator Especial demuestra en su artículo 4. Es indispensable para la estabilidad de las relaciones jurídicas que, si un Estado cuyo representante no tenía plenos poderes no reacciona, sino que aplica el tratado durante cierto tiempo, no pueda desdecirse de su palabra. Esa norma ha sido confirmada en dos ocasiones por la Corte Internacional de Justicia. Se trata de una buena norma de derecho internacional, puesto que tiene en cuenta el interés de mayor importancia: la seguridad de las relaciones entre los Estados. Es cierto que siempre habrá excepciones, y ningún texto puede evitar los casos excepcionales, pero la Comisión ha de redactar reglas fundadas en la práctica habitual, es decir, en los casos en que los Estados han negociado con toda la apariencia de una representación regular y es necesario sentar el principio de la confianza en esa regularidad aparente.

17. En cuanto al problema general de las negociaciones entre los Estados, aunque las últimas tendencias del

derecho internacional indican algunos cambios, su orientación general es la adoptada por el Relator Especial y la que él mismo ha adoptado. Todos los Estados, sean nuevos o viejos, tienen interés en mantener la confianza entre los negociadores, evitar la injerencia en la política interna de los Estados y asegurar la estabilidad de los resultados de la negociación.

18. Por ello, acepta el contenido general del artículo 5, en especial el del párrafo 2 y el apartado a) del párrafo 3; y propone la supresión del párrafo 4, que rompe el equilibrio del artículo 5 al sentar una norma contraria basada únicamente en excepciones que han dado lugar a muchas críticas. En esa cuestión no cree estar en desacuerdo con el Relator Especial, que ha tratado muy fielmente todos los problemas a que se refiere, sino con determinados matices que reflejan su opinión personal y que son claramente discernibles en el comentario.

19. Además, el párrafo 4 está basado en criterios puramente subjetivos, puesto que alude a los conceptos de « manifiesta » y de « buena fe ». Aunque no se cuenta entre los que creen que debe suprimirse del derecho internacional la noción de lo que es « razonable » y aunque ese criterio es un elemento permanente en el examen de todo problema contencioso, no puede impedir que le asalte la idea de las complicaciones que probablemente produciría cualquier intento de aplicar el apartado a) del párrafo 4; en una comunidad que no reconoce una autoridad común ni la competencia obligatoria de un juez ha de eliminarse el párrafo 4 porque la Comisión debe redactar las normas más claras y sencillas posible para una comunidad internacional de 110 Estados.

20. El texto propuesto por el Sr. Verdross, que sería admirable si existiese algún tribunal que lo aplicase, solamente puede dar motivo a complicaciones inútiles en ausencia de juez.

21. Así pues, podría simplificarse el artículo 5 suprimiendo los párrafos 1 y 4 y el apartado b) del párrafo 3, pero conservando el excelente comentario del Relator Especial sobre el conjunto de los problemas planteados por el artículo.

22. El Sr. TSURUOKA elogia el proyecto presentado por el Relator Especial y dice que suscribe los principios generales que inspiran la redacción del artículo 5, aunque no está convencido de que el apartado b) del párrafo 3 y el párrafo 4 sean necesarios; añade que, si se mantiene el párrafo 4, habrá de mejorarse la redacción.

23. La preocupación principal del Relator Especial es garantizar la estabilidad de las relaciones jurídicas de la comunidad internacional y para lograr esa finalidad apoya el principio del internacionalismo. Su preocupación es ciertamente legítima, puesto que tal estabilidad es indispensable para asegurar la paz y la prosperidad de la humanidad. Si se quiere que un país esté bien protegido en la medida en que se atenga a las normas vigentes de derecho internacional y actúe de buena fe y con prudencia normal, es bien natural optar por el sistema internacionalista, más eficaz que el constitucionalista para garantizar tal protección. Bajo el sistema

internacionalista, un país no ha de temer que las obligaciones contraídas por una parte contratante ostensiblemente facultada para ello sean declaradas ulteriormente inválidas.

24. También hay que tener en cuenta el considerable aumento del número de Estados independientes, lo cual, aun siendo en sí deseable, no facilita el conocimiento de las constituciones de esos Estados. Y no solamente los nuevos Estados tienen nuevas constituciones sino también algunos de los antiguos, como atestigua el caso del Japón. Razón de más para fundamentar el artículo 5 en la teoría internacionalista más que en la constitucional.

25. El internacionalismo tiene también la ventaja de dar satisfacción al sentido de equidad, que es el fundamento mismo del sistema jurídico. Si un Estado incurre en una irregularidad constitucional al concertar un tratado, él solo debe sufrir las consecuencias, sin perjudicar a la otra parte contratante o a la comunidad internacional.

26. Como otros oradores han señalado, el internacionalismo es la tendencia que predomina actualmente en la práctica de los Estados, y los precedentes citados en el informe pueden ser interpretados en el sentido de confirmar ese hecho. Los Estados que invocan irregularidades constitucionales para solicitar la anulación de un tratado tienen probablemente conciencia de la debilidad de tales argumentos, puesto que frecuentemente apoyan su solicitud con argumentos jurídicos de mayor peso. Si la Comisión adopta el principio internacionalista no hará más que una codificación siguiendo la práctica observada en muchos países, por lo que un proyecto fundado en ese sistema será probablemente aceptado por gran número de países. No se opone *a priori* a que se hagan algunas concesiones al constitucionalismo, pero deben ser las menos que sea posible, porque teme que ello pueda originar abusos y amenazar la estabilidad del orden jurídico, especialmente si tenemos en cuenta que sólo el Estado tiene derecho para interpretar su propia constitución.

27. Tampoco cree que el internacionalismo sea contrario a la democracia, como algunos han afirmado, y que prive al poder legislativo de un control eficaz sobre el poder ejecutivo. Por el contrario, si el sistema internacionalista se establece firmemente, el poder legislativo fortalecerá su control sobre el ejecutivo, y esto puede conducir al desarrollo de las instituciones democráticas.

28. El Sr. PAREDES dice que suscribe los elogios al informe del Relator Especial, pero que tiene algunas dudas acerca del artículo 5.

29. El artículo 5 forma parte de la sección que se ocupa de los principios que rigen la validez esencial de los tratados; no comprende, por tanto, por qué razón se omite toda referencia a la capacidad del Estado. En su opinión, la capacidad del Estado para concertar un tratado es una cuestión esencial que precede a la de la capacidad de los representantes que firman a su nombre.

30. En cualquier acto realizado en nombre de un ente colectivo jurídico, pueden distinguirse dos personas o sujetos de derecho: en primer lugar, la entidad legal

que detenta el derecho; en segundo lugar, el agente o individuo que debe ejercitarlo. Es necesario considerar por separado la capacidad de ambos sujetos de derecho internacional. Por analogía, sería sorprendente que un código civil se ocupase únicamente de las facultades de un apoderado e hiciera caso omiso de las del poderdante. Por lo tanto, en el régimen de la validez esencial, es necesario considerar no sólo la cuestión de la facultad del Presidente o jefe del poder ejecutivo para firmar un tratado en nombre del Estado, sino también la capacidad del Estado mismo para ser parte de dicho tratado, cuestión que se presenta, por ejemplo, en relación con los mandatos y territorios en fideicomiso, con facultades limitadas para contratar.

31. Las disposiciones del artículo 5 no establecen una clara distinción entre el jefe del Estado y el funcionario que ha negociado el tratado en su nombre. En realidad, en este aspecto es preciso distinguir tres personas: la persona jurídica que es el Estado, el jefe del Ejecutivo y el negociador. En relación con la concertación de un tratado, es por tanto posible que una acción *ultra vires* sea efectuada, bien por el jefe del Estado, que concertó el tratado, o por el negociador del mismo. El último caso ocurrirá cuando el negociador no haya tenido plenos poderes para firmarlo o sean insuficientes; el primero, si el jefe del Estado actuó contra la opinión pública o sus representantes autorizados, o no cumplió todos los requisitos constitucionales.

32. La democracia exige que las personas afectadas por un tratado tengan la posibilidad de expresar su opinión antes de que éste adquiera plena eficacia. Dentro de la redacción del artículo 5 existe el peligro de que la personalidad del Estado resulte confundida, ante el derecho internacional, con la persona del jefe del Estado. Y esto es tanto más grave cuanto es frecuente, en los regímenes dictatoriales, que el jefe del Estado haga caso omiso de todas las limitaciones constitucionales y concierte tratados que reflejen su voluntad y no la de su pueblo.

33. En su propio país — el Ecuador —, ningún tratado puede ser ratificado sin la opinión y el consentimiento del poder legislativo. Como en muchos otros países, el poder legislativo es el autorizado representante de la opinión del pueblo. No puede aceptar, por tanto, el criterio de que un poder ejecutivo fuerte pueda concertar tratados a espaldas del poder legislativo, y de que tales actos sean válidos.

34. Tampoco cree que sea difícil conocer las disposiciones constitucionales vigentes en otro Estado, a efectos de determinar la validez del tratado. En derecho privado, para negocios de mucha menor importancia que los públicos, una parte contratante se preocupará siempre de confirmar la capacidad de la otra parte, así como los poderes de su agente o representante. Mucho más natural, por lo tanto, que se tomen las mismas precauciones en cuestiones de gran importancia, como las que constituyen el objeto de las negociaciones entre Estados. Por ello piensa que, del mismo modo que los negociadores tienen que exhibir sus poderes plenos, debería también exigirse prueba documental de que el poder ejecutivo tiene capacidad para actuar

en la cuestión. Tales evidencias deberían presentarse a una comisión, en las conferencias de muchos Estados, para que se pronuncie sobre la capacidad para contratar.

35. El establecer una distinción entre la validez internacional y la invalidez interna de un tratado, entraña, además, un serio peligro. Supongamos, por ejemplo, el caso de un acuerdo de préstamo contraído por el jefe del Estado sin consultar a los órganos constitucionales competentes. Si se quiere reclamar la devolución del préstamo y, a este efecto, se presenta una demanda ante los tribunales del Estado en cuestión, éstos rechazarán inevitablemente la demanda; el acuerdo de préstamo es nulo, dirán, y no produce ningún efecto en el orden jurídico interno. En tales circunstancias, el acuerdo es totalmente ineficaz. Este ejemplo hipotético muestra claramente que es necesario tomar en consideración las limitaciones constitucionales al poder para concertar tratados. Estas limitaciones pueden ser claras y manifiestas, sin que sea preciso ningún profundo estudio jurídico para determinarlas. Pero en el caso de que la situación no esté claramente definida, sería conveniente exigir del negociador una prueba documental del tipo de la mencionada anteriormente.

36. El Sr. de LUNA señala que la inmensa mayoría de los miembros de la Comisión han expresado su opinión de que un tratado concertado *ultra vires*, en violación de una norma constitucional de tipo formal, es válido.

37. Algunos temen que esta actitud pueda favorecer las tendencias antidemocráticas; no piensa que estos temores sean justificados. Esta objeción pudiera haber sido válida hace 50 años, cuando muchos Estados tenían un régimen autoritario, pero ahora hay constituciones en casi todos los Estados, unas que son democráticas y otras que no lo son. El problema consiste en determinar si el derecho internacional toma o no en cuenta una constitución, sea o no sea democrática. Aunque el progreso de la democracia debe favorecerse por todos los medios, no piensa que el mejor modo de servirla sea el de sembrar confusión e inseguridad en la vida internacional. La solución que propugna le parece conforme a la naturaleza del poder « externo ». Cabría preguntarse si está más de acuerdo con los principios democráticos el conceder el derecho de representación internacional al jefe del Estado, que puede haber sido elegido por sufragio directo de la totalidad del pueblo, o exigir al jefe del Estado, para que un tratado tenga validez internacional, que tome en consideración la voluntad de los representantes, que frecuentemente son elegidos por sufragio indirecto. Para que una política exterior sea genuinamente democrática, la lógica exige la aplicación de la democracia directa o el recurso a la técnica de convocar continuos plebiscitos para todos los actos importantes, lo que supondría complicar los problemas hasta llegar a una situación absurda.

38. Por otra parte, el principio en que se basan las propuestas del Relator Especial es el de la facultad aparente, principio que es aplicable también en derecho interno: un funcionario cuyo nombramiento sea

nulo, puede sin embargo realizar actos que estén ostensiblemente autorizados en lo que se refiere a sus efectos frente a terceros. De igual modo, en derecho internacional, no puede exigirse que un Estado se asegure previamente de que las instituciones de otro Estado son genuinamente democráticas.

39. Existe, además, un principio general de interpretación susceptible de dar garantías: es necesario interpretar siempre de manera que se evite, en la medida de lo posible, comprometer la responsabilidad internacional de un Estado. Este principio tiene extraordinaria importancia, porque, incluso en el derecho interno, es difícil determinar, dadas las distinciones establecidas por la constitución entre diversos tipos de tratado, si un tratado tiene o no carácter político y si puede o no ser concertado sin el consentimiento de un órgano concreto. Si otro Estado decide acerca de la clasificación de un tratado, estaría interviniendo en los asuntos internos de otro Estado: ¿Cómo puede conocerse algo que sólo será resuelto definitivamente mediante una decisión de los tribunales constitucionales?

40. Más aún: existen numerosos gobiernos *de jure* que han comenzado como *de facto*, es decir, como gobiernos anticonstitucionales. Es, pues, imposible intervenir en la clasificación interna de los tratados cuando un régimen, anticonstitucional en sus comienzos, ha sido reconocido. De hecho, la validez de una constitución no puede determinarse desde un punto de vista puramente formal. Cuando se aplica la ley, ésta refleja la situación política y social de ayer, no la de hoy. El código de Napoleón se aplica todavía, pero las interpretaciones de la jurisprudencia han modificado casi todos sus artículos. Lo que hay que tener en cuenta no es la situación formal, sino lo que ocurra realmente.

41. Por todo lo dicho mantiene la opinión de que los tratados concertados *ultra vires* son válidos. En el caso de que la mayoría piense que deben hacerse excepciones, apoyará la propuesta presentada por el Sr. Verdross, pero limitando las excepciones a los tratados que puedan decidir acerca de la existencia de un Estado.

42. El Sr. AGO manifiesta que aprueba la distinción hecha con tanta claridad por el Sr. Verdross, y a la cual él mismo también se había referido, entre la declaración de voluntad del Estado, que es materia de derecho internacional, y el proceso que conduce a la creación de esa voluntad, que es materia que pertenece totalmente el derecho interno.

43. Para conocimiento del Sr. Rosenne, explica que al utilizar el día anterior la palabra *renvoi* al hablar del reenvío del derecho internacional al derecho constitucional interno, lo que ha querido significar no es en modo alguno una idea de incorporación, sino únicamente que el derecho internacional considera como voluntad válida del Estado la expresada por el órgano que el derecho constitucional interno designa como competente para declararla.

44. No hay duda alguna respecto de la declaración de voluntad, pero respecto del proceso de creación de la voluntad del Estado existe el problema de si el

derecho internacional debe tener en cuenta las normas constitucionales que rigen ese proceso o ha de limitarse a la declaración y adoptar la actitud de que la voluntad manifestada por el órgano competente no puede someterse a discusión por otros Estados. Las dificultades proceden en la práctica del hecho de que en los tiempos actuales ciertos órganos del Estado que en el pasado han sido competentes no sólo para declarar la voluntad del Estado sino también para formarla, tienen ahora únicamente competencia para la declaración, pues la formación cae esencialmente dentro de la competencia de otros órganos.

45. La Comisión ha de escoger entre dos sistemas, sin tratar de elaborar una fórmula de transacción que podría fácilmente equivaler a una contradicción jurídica. Si la Comisión admite, como ha hecho hasta ahora la práctica internacional, que el derecho constitucional no tiene más función a este respecto que la de designar el órgano competente para declarar la voluntad del Estado, ello supone admitir que, incluso si el jefe del Estado ratificara un tratado sin la aprobación previa del Parlamento, el tratado sería válido cualesquiera que fueran sus consecuencias para el Estado interesado. Si adopta el sistema contrario, la Comisión debe pesar las consecuencias de una innovación en virtud de la cual, en derecho internacional, no solamente determinada voluntad habría de ser expresada por el órgano competente para ello según la constitución, sino que también esa voluntad tendría que haber sido creada correctamente por el órgano que la constitución declarase competente para ello, de manera que habría que respetar todas las normas constitucionales internas. Si prevalece tal criterio, entonces, para proceder lógicamente, no se podría establecer distinción alguna entre las normas constitucionales escritas y las normas consuetudinarias, o entre las normas que se pueden conocer fácilmente y las normas que no resultan de fácil conocimiento.

46. Algunos han adoptado el criterio de que todas las normas constitucionales relacionadas con la formación de la voluntad del Estado deben ser tenidas en cuenta, de que si un jefe de Estado ratifica un tratado sin la aprobación previa del Parlamento, el tratado carecerá totalmente de validez, pero si el Parlamento lo ratifica ulteriormente, entonces el tratado será válido. Sin embargo, es lícito preguntar en este caso cuándo adquiere validez el tratado. Si todas las normas constitucionales que rigen la formación de la voluntad del Estado han de ser tenidas en cuenta, no existe duda alguna; en el referido caso, el jefe del Estado ha expresado una voluntad que no existe y por tanto su declaración es nula. Cuando el Parlamento interviene en el asunto, o bien el jefe del Estado ha de formular una segunda declaración de voluntad, o bien su primera declaración adquiere validez sólo a partir del momento en que se ha otorgado la aprobación parlamentaria. Aceptar una opinión diferente sobre esa cuestión significaría reconocer que es la declaración de voluntad la que obliga al Estado y que lo hace desde el momento en que dicha voluntad se manifiesta, y que el proceso de formación de esa voluntad en el orden jurídico interno no concierne al derecho internacional. En realidad

el sistema conforme al cual deben ser tenidas en cuenta todas las normas constitucionales que rigen la formación de los tratados, no refleja la situación actual del derecho internacional.

47. Se ha mencionado la «buena fe». El orador no alcanza a apreciar lo que la «buena fe» tiene que ver con esta materia, a qué «buena fe» se hace referencia: ¿Es la del órgano autorizado para concluir un tratado, la del jefe del Estado, o la del otro Estado?

48. Desde el punto de vista práctico debe evitarse la idea de que un Estado pueda injerirse en una controversia constitucional entre los varios órganos de otro Estado.

49. Para responder al Sr. Paredes, el orador manifiesta que si un Estado abrigara dudas acerca de si los órganos constitucionalmente autorizados a declarar la voluntad de otro Estado representan fielmente la voluntad del pueblo, siempre podría abstenerse de negociar un tratado con el otro Estado. Adoptar cualquiera otra línea de conducta significaría introducir grandes incertidumbres en la vida internacional.

50. Debe recordarse también, como ha señalado el Sr. Tabibi, que los nuevos Estados son celosos de sus constituciones y de su soberanía y no permitirían a un tercer Estado imponer condiciones a tal respecto.

51. En cuanto a los casos mencionados por el Sr. Bartoš, el orador está convencido de que son casos en que existe un vicio del consentimiento; quizá se hayan observado las normas constitucionales, pero la voluntad ha sido viciada por la violencia.

52. En la sesión anterior, el Sr. Yasseen ha hablado de la necesidad, que aparece más clara cada día, de conocer las normas constitucionales de otros Estados. Ha mencionado el caso de un tribunal que esté obligado a conocer el derecho de otros países y a aplicarlo. La gran experiencia del Sr. Yasseen en derecho internacional privado tal vez le haya llevado a ver aquí una analogía que en realidad no existe. Es cierto que en derecho internacional privado se admite cada vez más que el juez nacional debe conocer el derecho extranjero, pero no hay juez alguno en la cuestión que examina la Comisión y ésta debe poner de relieve en los términos más claros que el Estado es soberano y que ningún Estado tiene derecho alguno a erigirse en juez del cumplimiento por parte de los órganos de otro Estado del derecho y requisitos constitucionales de éste. Aunque puede adquirirse fácilmente el conocimiento de los sistemas constitucionales extranjeros en el caso de los tratados bilaterales, puede imaginarse muy fácilmente las complicaciones que surgirían si se aplicara el mismo principio al caso de los tratados multilaterales. Además, ¿quién sería competente para decidir si se habían observado las normas constitucionales? ¿Considerarían válida la ratificación unos Estados y otros no?

53. El orador se manifiesta de acuerdo por lo tanto con quienes desean suprimir el párrafo 4; y ni siquiera considera aceptable una fórmula tan flexible como la propuesta por el Sr. Verdross. Es ésta una cuestión de principio; hay que escoger entre dos sistemas. O es válido el consentimiento o no lo es; y en este último

caso no será convalidado tan sólo por la falta de conocimiento de las normas constitucionales internas de un Estado por el otro Estado contratante.

54. También es discutible la limitación que el Sr. Verdross propone en su apartado b) del párrafo 4; ¿qué seguridad podría haber si la validez de un tratado dependiera de la posible reacción de algún órgano constitucional? Además, ¿quién diría si esa reacción es legítima o no? ¿Habría que esperar hasta que la última instancia jurisdiccional competente decidiera la cuestión de la legitimidad de esa reacción con arreglo al derecho constitucional interno?

55. Con respecto al apartado b) del párrafo 2, cree que el uso de la palabra «parezca», que entraña una competencia ostensible, es inadecuado; en rigor, es cierta la competencia del órgano al que incumbe expresar la voluntad del Estado. Es indiscutible que el instrumento ha sido ejecutado en debida forma; lo que es discutible es si el representante que lo ha ejecutado ha actuado o no con la autoridad necesaria para ello.

56. En cuanto al título del artículo 5, el orador teme que pueda ser interpretado en el sentido de que se refiere a la capacidad del Estado para concluir tratados. Sería mejor una fórmula análoga a la siguiente: «Limitaciones constitucionales a la facultad de ciertos órganos del Estado para concertar tratados».

57. El Sr. PAL dice que, respecto de la cuestión que se debate, en un principio se sintió inclinado hacia la opinión del fallecido profesor Brierly. Con algunas reservas de carácter doctrinal, aceptó el criterio de aquel eminente internacionalista, por parecerle que provenía lógicamente del concepto de la personalidad del Estado. Sin embargo, la penetrante exposición que ha hecho el Relator Especial le ha llevado a aceptar su punto de vista y por ello está dispuesto actualmente a admitir en lo esencial las disposiciones del artículo 5.

58. Se abstendrá por ahora de entrar a debatir principios doctrinales, reservándose el derecho de hacerlo más tarde, si fuera preciso. Algunas de las observaciones que se han hecho hasta ahora en el debate tienen una gran lucidez aparente, pero en realidad introducen un nuevo elemento de complejidad. Hay una inclinación comprensible a emplear expresiones cómodas, como la «formación de la voluntad» y «el proceso de la declaración de voluntad», pero las dificultades surgen tan pronto como se intenta determinar cuándo y cómo se forma la voluntad. Una cuestión todavía más difícil es la de cómo determinar con seguridad que la voluntad ha sido elaborada por el órgano competente a quien incumba.

59. El concepto de la personalidad del Estado entraña que todo acto de un Estado debe ser ejecutado por un órgano constitucional. Las dificultades implícitas en esta situación no serán superadas afirmando que el derecho internacional trata de la declaración de la voluntad y no de la formación de la voluntad.

60. Dejando aparte por ahora las consideraciones doctrinales, el orador desea formular algunas observaciones generales acerca de la redacción del artículo. En primer lugar, cuando se refiere a las limitaciones constitucio-

nales, parece dar mayor importancia a las disposiciones constitucionales escritas. Sería conveniente modificar la redacción para que incluya también las limitaciones constitucionales no escritas. También se debe tener en cuenta que en algunos países no es la propia constitución la que establece las limitaciones, sino el poder legislativo, actuando en virtud de sus poderes constitucionales. Deben modificarse las disposiciones del artículo para que comprendan también esta situación.

61. En segundo lugar, el párrafo 2 describe los efectos de las limitaciones constitucionales únicamente respecto de la parte contratante cuya constitución está en tela de juicio. Nada se dice respecto de la otra parte en el tratado. El artículo no debe limitarse a establecer los efectos sobre el Estado cuya constitución se discute, sino que también debe tratar de cómo las limitaciones repercutirán en el tratado mismo y en la actitud de la otra parte en él. Es necesario, entre otras cosas, determinar si la cuestión de la capacidad puede ser planteada no sólo por la parte contratante interesada, sino también por la otra parte en el tratado.

62. En cuanto al párrafo 4, el orador estima que la enmienda propuesta por el Sr. Verdross, lejos de mejorar el texto original crearía dificultades aún mayores. El requisito de que un Estado tenga «conocimiento» de una situación determinada es, a su juicio, menos inadecuado que el de que un órgano concreto del Estado tenga conocimiento de la situación, especialmente cuando esa precisión plantea el mismo difícil problema constitucional. No obstante, puesto que está de acuerdo con los representantes que son partidarios de la completa supresión del párrafo 4, se abstendrá de seguir estudiando los problemas que plantea dicho párrafo.

63. Finalmente, en cuanto a la redacción, no aprueba el empleo de la expresión «sin tener en cuenta las disposiciones pertinentes», en el párrafo 2. Esa expresión parece indicar una omisión o negligencia deliberadas; en rigor, lo que se quiere indicar es tan sólo un acto que no se ajusta a las disposiciones constitucionales de que se trata.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

676.ª SESION

Jueves 9 de mayo de 1963, a las 10 horas

Presidente: Sr. Eduardo JIMÉNEZ de ARÉCHAGA

Derecho de los Tratados (A/CN.4/156 y Adiciones) [Tema 1 del programa] (continuación)

ARTÍCULO 5 (LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA FACULTAD PARA CONCERTAR TRATADOS) (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir su estudio del artículo 5, que figura en la sección II del segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/156).