

artículo 12 constituyen violaciones del principio de derecho internacional fundado en el *jus cogens*; y en segundo lugar, porque los intereses vitales de la comunidad internacional exigen que se invaliden todas las obligaciones impuestas por coacción ilícita.

82. Coincide con el Sr. Ago en que no ha de plantearse la cuestión de la confirmación del tratado. Acepta la redacción del párrafo 1 propuesta por el Sr. Rosenne, excepto la frase «o de cualquier otro modo incompatible con los propósitos y principios de la Carta...» que incluiría cuestiones tratadas en el artículo 13. La categórica redacción propuesta por el Sr. Ago debe satisfacer al Sr. Verdross y al Sr. Yasseen y proporcionar a la Comisión la fórmula que necesita como base.

Se levanta la sesión a las 13.5 horas.

683.^a SESION

Lunes 20 de mayo de 1963, a las 15 horas

Presidente: Sr. Eduardo JIMÉNEZ de ARÉCHAGA

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

[Tema 1 del programa] (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a continuar el examen del artículo 12 de la sección II del segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/156).

ARTÍCULO 12 (OBTENCIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA UN TRATADO RECURRIENDO ILÍCITAMENTE AL USO O A LA AMENAZA DE LA FUERZA) (*continuación*)

2. El Sr. Paredes, comentando algunas de las cuestiones suscitadas durante anteriores debates, dice que apoya plenamente la tesis de que, cuando se ejerce coacción sobre una de las partes, el tratado es nulo *ab initio*, o con la expresión que emplean algunos códigos nacionales, nulo y de ningún valor, considerándolo como si no hubiera existido jamás. El Sr. Tunkin ha subrayado con vigor la alarma que supone esa conducta, no sólo para el directo interesado, sino para la comunidad que ha visto cumplirse un acto inmoral y reacciona contra él. Tanto que parece atribuir a cada miembro de la comunidad internacional la facultad de denunciarlo, reconociendo algo semejante a lo que en el derecho interno se designa como acción popular para acusar un crimen.

3. Tampoco en estos casos cabe hablarse de ratificación del tratado ni de ningún otro medio de legalizarlo. No ha existido, no existe, y lo conducente es celebrar uno nuevo, si lo desean las partes, con todos los requisitos que le confieran validez.

4. A su juicio, la fuerza del concepto que figura en el párrafo 1 del artículo 12, será mayor y en consonancia más justa con el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas, que insta a sus Miembros a resolver sus problemas por los medios señalados en los acuerdos

regionales, si se pusiera después de las palabras «en violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas» las siguientes: «o de los acuerdos regionales, de que fueren parte todos los contratantes».

5. Muchos oradores han insistido sobre la falta de una jurisdicción competente para juzgar y resolver los asuntos internacionales, pues no hay todavía en lo internacional jueces a que se han de someter obligatoriamente los Estados. Por desgracia es así, dice, y se lamenta por esta falta; manifestando que, siendo voluntaria la elección del juez, se vuelve casi imposible que quien es acusado de una especie de delito internacional, quiera someterse a cualquiera jurisdicción. En cuyo caso no cabría más remedio, como lo propone, que la víctima de la agresión pueda comparecer ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, declarando la invalidez del tratado por el vicio que lo anula.

6. El Sr. CASTREN dice que, entre los textos sugeridos para el artículo 12, los del Sr. Verdross y el Sr. Yasseen se acercan bastante al del proyecto puesto que se refieren a las obligaciones derivadas de la Carta y a los principios del derecho internacional general.

7. Aunque estima aceptable la propuesta del Sr. Ago, prefiere la presentada primeramente por el Sr. Rosenne (682.^a sesión, párr. 27) y que luego fue recogida por el Sr. Tunkin y el Sr. Tabibi. Esta propuesta, al referirse al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta y citar efectivamente sus términos, elimina toda posibilidad de interpretaciones erróneas y establece una regla suficientemente amplia, ya que en el mencionado párrafo de la Carta consta la referencia a los propósitos de las Naciones Unidas. Las reglas fundamentales de la Carta forman parte del derecho internacional general y por tanto obligan aun a los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas.

8. Puesto que la prohibición de utilizar la fuerza interesa a toda la comunidad internacional, deben suprimirse del artículo 12 el apartado c) del párrafo 1 y todo el párrafo 2.

9. Colige que el Sr. Tunkin comparte su opinión sobre el carácter excepcional de un tratado de paz impuesto por un Estado que, aunque víctima de una agresión, ha ganado la guerra; tal tratado ha de ser tenido por válido, puesto que un Estado que ha emprendido una guerra de agresión es responsable de las consecuencias de su acto. Sin embargo, las reparaciones que se exijan habrán de ser razonables, como ya en su tiempo sostenía Grocio. Propone que la Comisión haga referencia, en el comentario, al caso de los tratados de paz.

10. El Sr. TSURUOKA dice que está de acuerdo con la mayoría de los miembros de la Comisión sobre el principio de que los tratados concertados por un Estado «por un acto o amenaza de fuerza» han de ser considerados nulos. No obstante, confía en que la Comisión, al enunciar esta regla, resuelva también la cuestión de procedimiento y establezca que un tratado sólo podrá ser declarado nulo por un tribunal internacional al que hayan sometido el asunto las partes interesadas.

11. Tiene dos razones principales en apoyo de su propuesta. En primer lugar, es difícil comprobar la existencia de la amenaza o el uso de la fuerza. Ha habido largas discusiones sobre la definición de la agresión, caso típico para la aplicación del artículo 12, que han suscitado cierto escepticismo en cuanto a la recta aplicación de ese artículo. En segundo lugar, es difícil determinar que una parte no habría consentido en el tratado si no hubieran existido los actos impugnados. Ciertamente es que el artículo 12 trata de una cuestión de orden público, pero también entraña en cierto aspecto el problema del consentimiento viciado. Caso de declararse nulo el tratado, la razón es, al menos en parte, por haber sido viciado el consentimiento.

12. Si se llevase a sus consecuencias lógicas el argumento de que la cuestión es exclusivamente de orden público, todo Estado agresor se vería automáticamente incapacitado para concertar un tratado. Pero no siempre es necesario ni útil invalidar los tratados concluidos por un Estado agresor. Los tratados referentes a cuestiones tales como los servicios del personal médico o el canje de prisioneros, por ejemplo, han de reconocerse como válidos, en especial si existe consentimiento por parte del Estado agraviado. La Comisión debe tener en cuenta esos hechos y proceder con cautela.

13. Recomienda, pues, una solución que, al propio tiempo que proyecta los intereses legítimos de la víctima, asegure la estabilidad del derecho internacional.

14. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, se refiere a las cuestiones suscitadas durante el debate y dice que, como ya ha explicado en el comentario, el orden público internacional es el principio en que se basa el artículo 12. Aparte del derecho de los tratados como tal, el acto de un Estado que trata de lograr la concertación de un tratado recurriendo al uso o a la amenaza de la fuerza puede ser impugnado como violación de las normas de derecho internacional concernientes al mantenimiento de la paz, proclamadas en la Carta de las Naciones Unidas; y puede ser sometido al Consejo de Seguridad o a la Asamblea General por la parte perjudicada, independientemente de que sea o no Miembro de las Naciones Unidas, o por cualquier otro Estado aun cuando no estuviere directamente interesado en el objeto del tratado.

15. Ha concebido el artículo en función del derecho de la víctima a invocar la nulidad, pero no con objeto de excluir en modo alguno el derecho de cualquier otro Estado a plantear el asunto ante un órgano de las Naciones Unidas. Este criterio, como han señalado algunos miembros, puede prestarse a alegaciones unilaterales e infundadas de coacción para conseguir la exoneración de las obligaciones contraídas en virtud de un tratado; y una clara mayoría se ha pronunciado en favor de una redacción del artículo 12 en forma de nueva declaración de que la amenaza o uso ilegítimo de la fuerza anula un tratado. Los argumentos aducidos en defensa de esta formulación le parecen convincentes y de una lógica intachable, puesto que el principio se desprende claramente del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, que ha llegado a formar parte del derecho internacional contemporáneo; pero el orador sigue

atribuyendo la misma importancia a los requisitos de procedimiento para determinar que se ha producido de hecho la coacción.

16. Un Estado que repudie un tratado alegando como causa la coacción, sin plantear el asunto ante las Naciones Unidas, no eludiría fácilmente el cargo de haber actuado arbitrariamente, criterio éste que se halla corroborado por las disposiciones de la Carta. La preocupación mostrada por el Sr. Tsuruoka de que a una víctima de agresión se le impida llegar a un acuerdo con el agresor, por ejemplo, sobre el trato a los prisioneros de guerra durante las hostilidades, es importante pero no atañe a la cuestión de si el artículo ha de expresarse o no en función del orden público internacional.

17. Si hubiese que redactar de nuevo en tal forma el artículo 12, habría de quedar totalmente separado del artículo 11 y excluir también la posibilidad de cualquier forma de ratificación cuando el Estado perjudicado dejara de estar sometido a la influencia de la acción coercitiva. Como ha señalado acertadamente el Sr. Ago, podría concertarse un nuevo tratado, pero únicamente mediante una nueva negociación, aunque se utilizara como base el texto antiguo.

18. En cuanto a la redacción del artículo, se inclina por un texto sencillo, como el sugerido por el Sr. Ago, cuyo tenor podría ser el siguiente: « Todo tratado cuya concertación se haya conseguido por el uso o la amenaza de la fuerza en violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, será absolutamente nulo ».

19. Un texto general de esta índole es preferible a un texto modelado sobre los términos del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, que ha de leerse en su contexto con las otras disposiciones relativas al uso de la fuerza en legítima defensa o a su utilización por las propias Naciones Unidas a fin de mantener o restaurar la paz. Por último, importa tener en cuenta la distinción tan marcadamente trazada por el Sr. Tunkin, entre un tratado impuesto a un Estado inocente y el que se impone a un agresor. Un texto en términos más generales se prestaría menos al peligro de interpretaciones contradictorias.

20. Otra razón para referirse a los principios de la Carta, más que a las disposiciones concretas del párrafo 4 del Artículo 2, es que aquéllos son generalmente considerados como parte del derecho internacional y obligan, como tales, a todos los Estados, sean Miembros o no de las Naciones Unidas, de modo que así se resuelve el problema de la aplicabilidad a los no miembros, planteado por el Sr. Yasseen y el Sr. Verdross.

21. La enmienda propuesta por el Sr. Paredes al párrafo 1 es contraproducente por restar fuerza al principio general, que debe afirmarse en términos enérgicos.

22. El PRESIDENTE propone que se remita el artículo 12 al Comité de Redacción para que lo revise a la luz del debate. Probablemente el Relator Especial también deseará hacer algunas modificaciones en el comentario.

Así queda acordado.

ARTÍCULO 13 (TRATADOS NULOS POR ILICITUD)

23. El PRESIDENTE sugiere que se examine el artículo 13 en unión del apartado c) del párrafo 3 del artículo 1 de la sección I, en que figura la definición de *jus cogens*.

24. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que ha sido difícil redactar el artículo 13, que es de carácter bastante general. Añade que en el comentario explica con bastante detenimiento el criterio seguido al respecto.

25. A falta de término mejor, ha utilizado la expresión *jus cogens*, que no es un concepto completamente nuevo en derecho internacional y al que determinados autores, entre los que se cuenta MacNair, han aludido en sus obras, aunque no le hayan dado un desarrollo completo. El concepto probablemente existe en la mayoría de los sistemas jurídicos, si bien no tiene un equivalente exacto en los países de *common law*. Está de acuerdo en que el artículo 13 sea examinado en unión del apartado c) del párrafo 3 del artículo 1, en el que ha incluido más bien una descripción que una definición del *jus cogens*.

26. El párrafo 1 del artículo 13 declara la norma y el párrafo 2 enuncia algunos ejemplos, aunque no exhaustivos, de lo que tal vez pueda entenderse por violaciones del *jus cogens*. Los ejemplos son todos bastante diáfanos y cada uno incluye algún elemento de delincuencia internacional, pero el autor se ha abstenido deliberadamente de descender a demasiados detalles. Una referencia general a la violación de los principios de la Carta no sería de utilidad, porque no todos ellos son de carácter imperativo.

27. El párrafo 3 trata de la cuestión de la disyunción aplicada concretamente a la materia del artículo 13. La cuestión de hasta qué punto es posible separar las disposiciones ilícitas de un tratado de las lícitas, puede prestarse a controversia y es necesaria una disposición ilícitas de un tratado de las lícitas, puede prestarse a controversia y es necesaria una disposición especial a este respecto en el artículo 13, ya que la situación de que se trata es diferente de la de los tratados anulables a causa de error. Sin embargo, puede dejarse aparte ese párrafo para ser examinado en unión del artículo 26 de la sección IV, en que constan las disposiciones de procedimiento relativas a la disyunción.

28. El Sr. BRIGGS dice que la frase inicial del artículo 13 no ha sido bien escogida, ya que un tratado constituye derecho internacional para las partes. Tampoco es conveniente referirse a su ejecución. Tal vez sea ir demasiado lejos decir que un tratado cuyo objeto sea perfectamente lícito es nulo porque su ejecución infringe un principio general de derecho internacional.

29. Aunque comprende las razones por las que el Relator Especial ha empleado la expresión «*jus cogens*», cree necesario encontrar otro término porque, si bien ha sido utilizada algunas veces, puede dar lugar a dificultades. Personalmente, siempre ha evitado emplearla y se resiste a intentar una explicación de su significado.

30. Así pues, propone que se redacte de nuevo el artículo de la manera siguiente, que es mucho más sencilla:

« Un tratado será nulo si su objeto está en contradicción con una norma perentoria de derecho internacional general que no permita excepciones, salvo en virtud de una norma de derecho internacional general aceptada ulteriormente. »

Ha incluido la salvedad final para abarcar el extremo de que trata el párrafo 4 del texto del Relator Especial.

31. El párrafo 2 debe suprimirse completamente, porque puede suscitar controversias innecesarias.

32. Acepta la sugerencia del Relator Especial, de que se aplase el examen del párrafo 3 hasta que la Comisión estudie el artículo 26.

33. En cuanto a si es necesario un artículo sobre la cuestión de que trata el artículo 13, estima que la disposición que propone es por lo menos preferible al método adoptado en los artículos 8 a 12 que conceden a la parte que alega el daño un derecho unilateral de denuncia, sin prever suficientes salvaguardias en el artículo 25.

34. En la sesión anterior ha criticado el artículo 12 porque le preocupa la amenaza a la estabilidad de los tratados que puede derivarse de disposiciones imprecisas sobre la validez y que, a falta de una jurisdicción obligatoria, conceden un derecho unilateral de anulación.

35. A fin de evitar cualquier interpretación errónea de su opinión sobre la relación entre la jurisdicción obligatoria y el derecho internacional, manifiesta su completa conformidad con la afirmación del Sr. Tunkin de que el derecho internacional existe y es jurídicamente obligatorio aun a falta de tal jurisdicción, pero pone en duda la utilidad de elaborar complicados conceptos de validez y nulidad si van a quedar abandonados a la interpretación subjetiva, en lugar de ser objeto de una determinación judicial objetiva, consiguiéndose únicamente con ello proporcionar a los Estados nuevos medios de eludir el cumplimiento de las obligaciones convencionales.

36. El nuevo texto del artículo 12 que acaba de proponer el Relator Especial es aceptable; y el orador considera, en consecuencia, que el artículo 13 debe figurar en el proyecto.

37. El Sr. YASSEEN dice que la cuestión planteada en el artículo 13 es tan importante como delicada: la invalidez o, como algunos piensan, la inexistencia de un tratado cuyo objeto es incompatible con una norma o un principio que tenga el carácter de *jus cogens*. La primera cuestión que hay que resolver es si se puede decir que existen normas perentorias en derecho internacional, si existe un orden público internacional al que los Estados no pueden oponer excepciones mediante acuerdos entre sí. Personalmente, se inclina por una respuesta afirmativa, pero piensa que esas normas perentorias son difícilmente identificables y aplicables. El concepto de orden público se admite generalmente en derecho interno, pero es bien difícil de definir porque varía con las circunstancias de tiempo y lugar.

38. En derecho internacional el *jus cogens* plantea, no sólo la cuestión de la autonomía de la voluntad de los Estados, sino también la de la jerarquía de las normas de derecho internacional. La cuestión que hay que determinar en cada caso es la de si un acuerdo internacional

puede o no estar en conflicto con una norma jurídica preexistente. En derecho interno, esa cuestión de jerarquía queda generalmente decidida según un determinado criterio; no es el contenido de la norma, sino el órgano de que dimana lo que determina su posición en la jerarquía de las normas jurídicas. En Francia, por ejemplo, un decreto-ley puede remitirse al Consejo de Estado porque, aunque trate de una materia que sea en principio de la competencia del poder legislativo, se le considera desde el punto de vista formal, un simple reglamento.

39. Sin embargo, en derecho internacional las propias partes contratantes son legisladoras y crean las normas jurídicas. La cuestión del criterio que ha de adoptarse para determinar el orden de precedencia de las normas es, por lo tanto, muy compleja. El número de Estados que acepten la norma no puede ser tal criterio, porque ese número no siempre está en proporción con el valor y la importancia de la norma. Tampoco puede tomarse como criterio la fuente formal de que emana la norma, y es particularmente difícil decir si la costumbre ha de prevalecer siempre sobre la norma de un tratado o viceversa. Así pues, el único criterio posible es el contenido de la norma; para tener el carácter de *jus cogens* una norma de derecho internacional, no sólo ha de ser aceptada por gran número de Estados, sino que también ha de ser considerada necesaria para la vida internacional y estar profundamente enraizada en la conciencia internacional.

40. Está de acuerdo con el Relator Especial en que sería deplorable no reconocer el principio del *jus cogens*, porque no hay duda de que un tratado destinado, por ejemplo, a fomentar la esclavitud o a preparar la agresión, ha de ser declarado nulo. Ahora bien, todo esto es difícilmente explicable sin reconocer en derecho internacional el concepto de *jus cogens*. Aunque es difícil definir ese concepto en términos positivos, el método del Relator Especial de dar algunos ejemplos podría resultar útil. Los ejemplos servirían para orientar la práctica internacional y permitirían la aparición gradual de las normas necesarias para la vida internacional y esenciales para su desarrollo. Esas normas no podrían ser violadas sin provocar una indignación general o una profunda reprobación.

41. El concepto de un orden público internacional no está simplemente justificado, ni siquiera necesariamente, por consideraciones de derecho natural; esa noción se desprende del derecho positivo, del conjunto de las normas en vigor. Algunas normas relativas al orden público quizá puedan reconocerse concretamente en tratados, pero la inexistencia de una cláusula que contenga de manera explícita ese concepto no significa que la norma sea meramente dispositiva. Ha de examinarse además la intención real de las partes, para descubrir la verdadera fuerza de la norma.

42. El Relator Especial ha redactado acertadamente el párrafo 3 para abarcar el caso de que sólo alguna parte del tratado sea nula.

43. El párrafo 4 es necesario porque subraya que el *jus cogens* no es inmutable y que ha de dejarse al concepto de orden público la posibilidad de evolucionar. Mientras no exista un órgano supranacional, la conciencia

internacional está reflejada en los tratados multilaterales generales; las conferencias que redactan esos tratados expresan las necesidades de la vida internacional, se hacen eco de sus tendencias y por ello tienen la facultad de determinar la fuerza de las normas preexistentes.

44. El Sr. TABIBI dice que acepta la conclusión del Relator Especial, en el párrafo 1 de su comentario, de que « por imperfecto que sea el ordenamiento jurídico internacional, la tesis de que en fin de cuentas no hay ningún orden público internacional — es decir, ninguna norma de la que no pueden apartarse libremente los Estados en sus acuerdos — se hace cada vez más difícil de sostener ». Ningún Estado puede ignorar determinadas normas de derecho internacional al concertar tratados bilaterales, regionales o internacionales. En estas normas, que tienen el carácter de *jus cogens*, están incluidas las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y de las convenciones acerca de la esclavitud, la piratería y el genocidio. Conviene, por consiguiente, insertar en el proyecto una disposición como el artículo 13, que declare que cualquier tratado cuya ejecución entrañe infracción de esas normas será nulo.

45. Muchos autores sostienen firmemente la opinión de que los tratados pueden ser considerados *contra bonos mores* y nulos, por causa de contradicción o incompatibilidad con una norma del derecho internacional general o consuetudinario. Hace ya más de 25 años, en un artículo titulado « Forbiddent Treaties in International Law », el Sr. Verdross había expresado una opinión que prefiguraba la solución dada en el artículo 13.

46. La situación se ha hecho aún más clara desde la firma de la Carta de las Naciones Unidas, cuyo Artículo 103 dice: « En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta ».

47. Sin embargo, aunque acepta los párrafos 1, 2 y 4 del proyecto de artículo 13 redactado por el Relator Especial, tiene algunas reservas en relación con el párrafo 3. Si este párrafo se mantiene en su texto actual, parecerá que se admite la incompatibilidad entre las disposiciones de un tratado y una norma de *jus cogens* y que se abre así la puerta a una posible violación de tales normas al permitir la disyunción de las estipulaciones del tratado. Es difícil conciliar lo dicho en el párrafo 3, según el cual un tratado no será invalidado por una violación de importancia secundaria de una norma de *jus cogens*, y la correcta afirmación del párrafo 5 del comentario, de que « todo tratado cuyo objeto sea ilícito debe considerarse totalmente nulo y carecer de toda validez mientras no se modifique por las partes ». Resulta difícil distinguir entre violaciones importantes o de importancia secundaria mientras no exista una disposición que obligue a someter el caso a la decisión de la Corte Internacional de Justicia.

48. Propone, por tanto, que se modifique el artículo 3, suprimiendo las palabras « si » y « no está esencial-

mente relacionada con los principales objetos del tratado y puede separarse claramente del resto del tratado, solamente esa estipulación». Las disposiciones de los párrafos 1 y 3 podrían combinarse.

49. La definición del *jus cogens* en el artículo 1 es bastante vaga. Sugiere que la cuestión de la definición sea aplazada hasta que la Comisión haya decidido acerca de los términos del artículo 13, para poder adoptar una definición compatible con esos términos.

50. El Sr. ROSENNE dice que el artículo 13 se ocupa de una parte del derecho de los tratados completamente diferente de las examinadas hasta ahora por la Comisión. En los artículos anteriores, la Comisión ha estudiado el problema de si se ha dado el consentimiento a las estipulaciones de un tratado y, en caso afirmativo, si ese consentimiento ha sido viciado. En el caso previsto en el artículo 13, el consentimiento ha sido otorgado al tratado y no ha sido viciado de ningún modo; así pues, *prima facie* el tratado existe, tanto desde el punto de vista del fondo como desde el punto de vista de la forma. El problema planteado se refiere al objeto para el cual se ha dado el consentimiento.

51. La Comisión deberá considerar en alguna ocasión el lugar que corresponde al artículo 13. Este se refiere a cuestiones tan fundamentales que deberían ocupar una posición más importante; pero la Comisión podrá tomar una decisión al respecto cuando llegue el momento de una segunda lectura.

52. Como el artículo 13 se ocupa del objeto del consentimiento, el orador no puede compartir la opinión del Sr. Briggs de que existe redundancia al decir que un tratado es nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma de *jus cogens*.

53. En general, apoya las ideas del Relator Especial, tanto por su audacia al expresar de un modo tan lúcido las estipulaciones del artículo 13, como por lo acertado del criterio adoptado para resolver un difícil problema de redacción.

54. Presume que la intención es que según el artículo 13 los tratados sean únicamente nulos *ab initio* si están en contradicción con una norma de *jus cogens* existente en el momento de su conclusión. La cuestión de los efectos que produce sobre los tratados existentes una norma de *jus cogens* surgida con posterioridad es totalmente diferente y se ocupan en parte de ella otros artículos, especialmente el 14 y el 21. Sin embargo, debe examinarse si no sería conveniente unificar todas las disposiciones relativas al *jus cogens*. Por razones análogas es necesario ver si las diversas estipulaciones de *jus cogens* son plenamente compatibles con las propuestas del Relator Especial relativas a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.

55. En cuanto a la definición del *jus cogens*, piensa que tal vez podría encontrarse inspiración en la explicación dada por Sir Gerald Fitzmaurice en su tercer informe, según la cual las normas del *jus cogens* «no ponen en juego únicamente normas jurídicas, sino consideraciones morales y de orden público interna-

cional»¹. No cree que sea muy importante que el *jus cogens* esté o no recogido en leyes positivas. Además, la cuestión de en qué medida ha de considerarse una norma como de *jus cogens* tal vez exija una determinación concreta realizada a la luz del contexto material en el que la norma se encuentre.

56. En lo que se refiere al empleo de la expresión «norma perentoria» en la definición del Relator Especial que figura en el artículo 1, y en el texto propuesto por el Sr. Briggs, se pregunta si esa expresión tiene el mismo sentido en ambos sitios.

57. A causa de la novedad del tema en un proyecto de codificación, podría ser ventajoso considerar el actual debate como preliminar. La Comisión podría obtener gran provecho de los ulteriores debates en la Asamblea General, de los comentarios que presenten los gobiernos y sin duda también de las opiniones de los autores.

58. Está de acuerdo con el Relator Especial en que los tratados a que se refiere el artículo 13 han de ser considerados como nulos y no meramente anulables; producirán, por lo tanto, los mismos efectos que los tratados a que se refiere el artículo 12; pero esta solución podría plantear ciertos problemas. Por ejemplo, ¿qué debe hacer el Secretario General de las Naciones Unidas si se le presenta para registro un tratado nulo según el artículo 13?

59. Conviene en que el artículo 25 difícilmente puede aplicarse a un tratado nulo *ab initio*. Es probablemente de interés general que no se concierten tratados del tipo mencionado en el artículo 13 y recuerda que la Carta de las Naciones Unidas contiene disposiciones permitiendo a los órganos políticos examinar las situaciones resultantes de tratados manifiestamente nulos por las razones mencionadas en el artículo 13.

60. En cuanto al párrafo 3, se muestra favorable en general a la opinión expresada por el Sr. Tabibi. Es difícil aceptar el principio de la disociabilidad, a no ser que el mismo tratado tenga disposiciones sobre ello. El debate acerca de este problema debería ser aplazado hasta que la Comisión examine el artículo 26.

61. Tiene que hacer una objeción más importante: no cree que puedan existir infracciones de importancia secundaria a una norma de *jus cogens*. Si una norma de derecho internacional tiene el carácter de *jus cogens*, sería una contradicción en los términos decir que una infracción de esa norma pueda ser de importancia secundaria.

62. El Sr. PAL, al referirse a las observaciones del Sr. Rosenne acerca del lugar que debe ocupar el artículo 13, dice que en los sistemas de derecho consuetudinario resulta normal plantear los diversos problemas en el orden seguido por el Relator Especial. La cuestión de la licitud del objeto está unida a las cuestiones de la capacidad para concluir el acuerdo y de la exis-

¹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1958, Vol. II (Publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 58.V.I, Vol. II), pág. 44.

tencia de consentimiento. No ve pues ninguna dificultad con respecto al lugar que ha de ocupar el artículo 13.

63. En cuanto al problema planteado por el Sr. Briggs, señala que en los sistemas internos los objetos que constituyen un elemento vicioso pueden ser los prohibidos por la ley o los que simplemente la ley reprueba, y aunque se observen todos los demás requisitos necesarios para la existencia de un acuerdo válido si las partes persiguen un objeto perteneciente a cualquiera de esas dos categorías de objetos, el acuerdo será ilícito en el primer caso y nulo en el segundo. Evidentemente, todos los acuerdos ilícitos son también nulos, pero no todos los acuerdos nulos son necesariamente ilícitos. Un acuerdo aunque no sea ilícito puede ser nulo en el sentido de que los tribunales no obliguen a su cumplimiento. Claro es que en la esfera internacional no cabe hacer esa distinción. Por lo tanto, para que el tratado sea nulo el objeto ha de ser ilícito y a su juicio esa es la base en que descausa el texto del párrafo 1 presentado por el Relator Especial. Considera, por lo tanto, aceptables las disposiciones del párrafo 1.

64. Respecto de las opiniones del Sr. Tabibi, cualquiera que haya sido la situación cuando la comunidad internacional estaba más limitada geográficamente, ahora no puede haber duda alguna acerca de la existencia del orden público internacional y de algunos principios de derecho internacional con carácter de *jus cogens*. Toda la perspectiva política de las Naciones Unidas puede caracterizarse como una jurisprudencia orientada hacia los valores, dirigida a hacer surgir en la comunidad internacional un orden público bajo el imperio del derecho. Con la Carta se trató de establecer un sistema mediante el cual la comunidad mundial pueda reprimir el abuso internacional de la fuerza bruta y promover en una sociedad que ansía la libertad y la justicia un orden público mundial que incluya los valores de la dignidad humana.

65. La fundación de la Sociedad de las Naciones fue un primer intento de sustituir, en las relaciones internacionales, el juego ciego de la fuerza física por el instrumento humano de un cierto gobierno constitucional. Las normas y el sistema adoptados en la época de la Sociedad de las Naciones habían tenido el quintuple propósito de obligar a los Estados: primero, a respetar mutuamente su soberanía, su territorio y sus intereses legítimos; segundo, a abstenerse de toda agresión imperialista y de todo preparativo para realizarla; tercero, a someter sus controversias a la jurisdicción internacional y abstenerse de tomarse la justicia por su mano; cuarto, a respetar los acuerdos internacionales; y quinto, a reparar los actos injustos y las violaciones del derecho. Desgraciadamente, la conducta ulterior de los Estados mostró su repugnancia a aplicar estos principios en la política internacional. Esa conducta fue sintomática de una crisis fundamental en el sistema jurídico internacional. Sólo diez años después de la fundación de la Sociedad de las Naciones, tanto el espíritu como la letra de sus reglas jurídicas y de sus normas de conducta habían sido abandonados, determinando así una crisis en el orden jurídico inter-

nacional y conduciendo a la catástrofe de la segunda guerra mundial.

66. Después de esta guerra han quedado muy pocas grandes Potencias, tal vez sólo dos, que posean el poder nacional y económico en su forma más concentrada. Sin embargo, los acontecimientos de las dos guerras mundiales han determinado el nacimiento de fuerzas gigantescas en Asia y en Africa; y la comunidad mundial tiene que hacer frente ahora a la cuestión de la coexistencia pacífica de más de cien Estados y al problema de coordinar diferentes sistemas sociales en el orden internacional. Esta situación requiere un reajuste mental como condición de la supervivencia. En este contexto ha de estudiarse y aplicarse la Carta de las Naciones Unidas, para ayudar a hacer surgir el orden indispensable cuya consecución es el objeto último de las Naciones Unidas.

67. La Comisión ha adoptado ya esa política al estudiar el artículo 12. El orador puede aceptar los principios en que se inspira el artículo 13 y está de acuerdo con el Relator Especial en su afirmación de la existencia de un orden público internacional. Un sistema de tratados que se apoye tan sólo en la interdependencia de los intereses de los Estados y en la conclusión de acuerdos pacíficos de carácter empírico, dará por resultado algunas transacciones, pero no un sistema de derecho y orden internacionales. El orden público debe comprender un sistema jurídico que sustituya la idea de la obligación basada en la conveniencia, por una superior adhesión a los principios de justicia. Así terminará la transición de las obligaciones perentorias exigidas por las necesidades inmediatas a las obligaciones permanentes expresadas en principios fijos; de una nueva relación entre cada uno y el « otro », a una relación compleja entre cada uno y los « otros »; de una obligación determinada por el yo individual, a una obligación más amplia definida por la comunidad en una perspectiva más imparcial.

68. A pesar de las dudas expresadas por algunos, el orden público internacional existe, aunque en forma imperfecta, y está por tanto plenamente justificada la inclusión en el proyecto de las disposiciones del artículo 13. El orador se reserva el derecho a examinar con detalle el artículo en segunda lectura.

69. El Sr. CASTREN dice que, a pesar de la dificultad de la materia que constituye su objeto, el artículo 13 está bien redactado. Es claro, y su comentario es completo y convincente.

70. El Relator Especial ha preferido en el párrafo 1 el principio del *jus cogens* a la fórmula « acto que el derecho internacional reputa ilícito », propuesta por Sir Hersch Lauterpacht. Aunque aún no se ha discutido la definición de *jus cogens*, la mayoría de la Comisión parece aceptar la expresión, que ya ha sido empleada en los debates sobre los artículos anteriores. En todo caso, quizá fuera algo peligroso tratar de especificar ahora todos los criterios para determinar si una norma es de *jus cogens*, pues ello plantearía problemas complicados. El *jus cogens* es un concepto jurídico general que no necesita ser definido especialmente en relación con el derecho de los tratados. En consecuencia, es

acertada la propuesta de que un tratado es nulo *ab initio* si su objeto o ejecución entraña la infracción de una norma de *jus cogens* y que esa invalidez no puede ser subsanada por actos ulteriores.

71. Están bien escogidos los ejemplos dados en el párrafo 2, de tratados que son nulos con arreglo a las disposiciones del párrafo 1. Si la Comisión decide mantener el párrafo 2, el apartado a) debe redactarse en los mismos términos que la parte correspondiente del artículo 12. Deben suprimirse las palabras «acto u» del apartado c), manteniendo sólo la idea de omisión.

72. El párrafo 3 establece una excepción a la norma general del párrafo 1. Por lo tanto el párrafo 1 debe comenzar con las palabras «A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3».

73. El Sr. AGO dice que nada tiene que objetar a los principios enunciados en el artículo 13. El Relator Especial tiene razón en haber elegido la idea de una norma perentoria de derecho internacional.

74. Aunque el concepto de *jus cogens* definido en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 1 se estudiará más tarde, ha de señalar que en realidad atañe únicamente al artículo 13 y quizá debiera definirse en ese mismo artículo. En general, sólo los términos que aparecen con frecuencia en el proyecto deben definirse en el artículo 1. En realidad no es necesaria una definición de *jus cogens*; es suficiente la frase «norma perentoria de derecho internacional general», con la adición, de ser necesario, de las palabras «que no permita excepción alguna».

75. En consecuencia, el Comité de Redacción debe encargarse de preparar un texto adecuado para el párrafo 1. Propone en especial la supresión de las palabras «contrario al derecho internacional y»; para la redacción del párrafo ha de seguirse el modelo del artículo 12, la totalidad de cuyo vigor se debe precisamente a su concisión.

76. El párrafo 2 es en principio aceptable en cuanto a su fondo, pero deben refundirse en un solo párrafo las dos clases de infracciones de que tratan los apartados b) y c), pues en algunos casos, como el del genocidio, es difícil distinguirlas.

77. El caso del párrafo 3 es bastante teórico. Son tan escasas las normas perentorias de derecho internacional y se refieren a materias de tal importancia, que difícilmente pueden subsistir determinadas cláusulas de un tratado si otra cláusula se aparta de una norma perentoria de derecho internacional. Aunque fuera concebible este caso, el párrafo 3 más bien debilita el texto y no parece esencial.

78. La idea expresada en el párrafo 4 es correcta bajo todos los aspectos, pero quizá no totalmente necesaria. El mejor ejemplo de una norma de un tratado multilateral general que abrogue o modifique una norma que tenga el carácter de *jus cogens* sería una norma enunciada en un tratado codificador del derecho internacional. Quizá realmente modifique normas perentorias existentes, pero en tal caso no se trataría de la derogación de una norma general por una norma particular, sino más bien de sustitución de una norma general por otra.

La cuestión queda fuera del alcance del artículo 13. Sin embargo, estima que debe suprimirse el párrafo porque puede dar lugar a interpretaciones erróneas.

79. Respecto de la cuestión de fondo planteada por el Sr. Rosenne, acerca del alcance del párrafo 1 en el caso de un tratado celebrado antes de que una norma concreta se haya hecho perentoria, el sentido del párrafo en su redacción actual es ciertamente que cualquier tratado que infrinja una norma general perentoria es nulo, tanto si fue concertado antes como después de que la norma se haya hecho perentoria. Si fue concertado después, el tratado es nulo *ab initio*; si lo fue antes, es nulo en cuanto la norma genral se hace perentoria. Por ejemplo, un tratado por el que las partes hubieran acordado cometer un acto de genocidio habría sido nulo automáticamente en el momento en que se aprobaron los principios relativos a la prevención y sanción del genocidio. No es necesario insistir en este punto de interpretación en el propio artículo; basta mencionar la cuestión en el comentario.

80. También se ha discutido el lugar adecuado del proyecto para este artículo. Aunque el orador no tiene un criterio decidido sobre esta cuestión, cree que el artículo 13 está bien colocado a continuación del artículo 12, ya que ambos tienen determinadas características comunes y parte de su fuerza reside en el hecho de que los dos afirman seguir el mismo principio.

81. El Sr. BARTOŠ felicita al Relator Especial por haber adoptado en el artículo 13 un concepto que ha sido discutido ampliamente por los juristas, a saber: la existencia de un orden público internacional por encima de la soberanía del Estado. Aunque se pueda hablar de una autolimitación de los Estados que aceptan ese orden sobre un base contractual, y es de esperar que también acepten la convención sobre el derecho de los tratados, el punto de partida de la tesis del Relator Especial es la primacía de ese orden internacional sobre la voluntad de los Estados. Este es el elemento más importante del texto propuesto.

82. Es secundaria la cuestión de si debe hacerse referencia a las normas de *jus cogens* que no permiten excepción por acuerdo *inter se* de los Estados, o si debe adoptarse la fórmula propuesta por el Sr. Ago. Sin embargo, es difícil utilizar la expresión *jus cogens* porque este concepto está sujeto a interpretaciones distintas con arreglo a la tradición del derecho privado. Como ha señalado el Sr. Gros, puede ser peligroso utilizar términos tomados del derecho privado.

83. ¿Qué es, pues, un principio general de derecho internacional? En 1949, el orador manifestó su desacuerdo con el parecer de Kelsen de que los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas son contractuales y no obligan a los Estados que no hayan aceptado ese instrumento¹. La evolución del derecho internacional, que se ha manifestado también en la adopción de los principios de la Carta, no ha llegado a su término. Prefiere más bien la teoría de Oppenheim según la cual para que un Estado sea admitido en la comunidad

¹ Kelsen, H., *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens, 1950, págs. 106 a 110.

internacional tiene que aceptar primero los principios de su orden jurídico¹.

84. Respecto del concepto de *jus cogens*, el párrafo 2 quizá dé la impresión de que sólo los actos delictivos y sujetos a sanción están comprendidos en el *jus cogens*. Sin embargo, a juzgar por lo que ha oído en el debate, cree que todos los miembros de la Comisión tienen una noción más amplia del contenido del *jus cogens*. Comparte la opinión de que las normas de *jus cogens* han de tener un alcance mucho más amplio. Aunque los ejemplos de los apartados a), b) y c) del párrafo 2 no suscitan críticas, tomados aisladamente podrían inducir a una idea errónea.

85. En cuanto a la dissociabilidad de las cláusulas de un tratado, manifiesta que por lo que sabe y en contra de lo que afirma el Sr. Ago, en la práctica sucede con frecuencia que algunas de las cláusulas subsidiarias de un tratado son contrarias al orden público, mientras que la sustancia del tratado no lo es. En esta materia debe seguirse el derecho interno francés, conforme al cual es nula la menor parte posible del contenido de un contrato. Cuando es posible proceder así sin alterar el equilibrio general del tratado, únicamente deben declararse nulas las cláusulas secundarias, dejando intacta la validez de los efectos de la voluntad general de las partes. Ahora bien, no siempre es fácil establecer esa distinción, pues puede ocurrir que lo que se afirma ser el objeto principal del acuerdo no tenga otra finalidad que apartar la atención de las llamadas cláusulas secundarias. Por ello no es fácil adoptar en esta materia una actitud clara a fin de redactar normas jurídicas sobre la disyunción de las cláusulas secundarias.

86. Por otro lado, comparte la opinión del Sr. Ago sobre el efecto retroactivo de las normas de *jus cogens*. La teoría de la retroactividad, perfectamente aclarada con el ejemplo del genocidio, ha sido examinada en las conferencias de Viena de 1961 y 1963, pero no ha sido aceptada por los Estados por lo que se refiere a la aplicación de principios a los que se ha concedido un carácter obligatorio en un tratado codificador de disposiciones que antes tenían un carácter contractual. Es también una cuestión de principio; pues lo que se denomina derecho internacional clásico evoluciona mediante la modificación de algunas normas existentes y la adopción de otras nuevas. Sería lamentable tratar de conservar vestigios contrarios a las nuevas disposiciones por las que se crea el *jus cogens* y que corresponden al desarrollo progresivo del derecho internacional.

87. No debe olvidarse, sin embargo, que ni la teoría internacional ni la práctica internacional reconocen unánimemente el efecto retroactivo de las normas. Algunos autores sostienen que los derechos adquiridos por los Estados en virtud de disposiciones convencionales antiguas que ya no corresponden al orden público internacional subsisten aun cuando cambien los fundamentos del derecho internacional. Esta opinión no es la suya. Para resolver la situación es menester, contra lo dicho por el Sr. Ago, formular este punto de manera muy explícita en el artículo 13. Un comentario es indu-

dablemente válido para cuestiones teóricas; y los profesores y los jueces podrán remitirse a él; pero los Estados no se considerarán obligados por el texto de un comentario de la Comisión, como ha quedado claramente demostrado en las Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960 y en las Conferencias de Viena de 1961 y 1963.

88. Respecto del lugar que se ha de asignar a los artículos 11, 12 y 13 cree que, a pesar de cierta superposición, los tres artículos señalan una gradación en las causas de nulidad, aunque traten sin embargo de tres cuestiones diferentes. Por ello deben sucederse en el orden actual, cualquiera que sea el lugar que en definitiva se les asigne en el proyecto.

Se levanta la sesión a las 18.5 horas.

684.^a SESION

Martes 21 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 13 (TRATADOS NULOS POR ILICITUD) (continuación)

1. El PRESIDENTE señala a la atención la propuesta del Sr. Pal, que ha sido distribuida, de modificar el párrafo 1 del artículo 13 de la manera siguiente:

«1. Un tratado será nulo si su objeto es contrario a las finalidades, propósitos y principios de las Naciones Unidas o incompatible con ellos.»

2. El Sr. TSURUOKA dice que, en cuanto a la teoría, el concepto de *jus cogens* existe en derecho internacional general y todo tratado contrario a una norma de *jus cogens* es nulo.

3. Está de acuerdo con el Relator Especial en que la Comisión ha de incluir ese concepto en el proyecto de convención sobre el derecho de los tratados, pero estima que el artículo 13 debe redactarse de una manera más sencilla y concisa porque el concepto de *jus cogens* es tan claro que no requiere explicaciones. Ha sido conveniente redactar un texto más detallado en el caso de los artículos 11 y 12, para especificar la forma práctica que había de darse al concepto; pero no ocurre lo mismo con el artículo 13.

4. Pueden concebirse tres casos en que el artículo 13 sea aplicable. Primeramente, cuando las partes deliberadamente hayan concluido un tratado contrario al *jus cogens*. Por su propia naturaleza, ese tratado sería secreto y las partes no pondrían en tela de juicio su validez. En realidad, el tratado sería totalmente nulo, pero mientras se mantuviera secreto, ningún país tendría la oportunidad de poner en tela de juicio su validez. Desde luego, si se aplicara, las partes tendrían que responder

¹ Oppenheim, L., *International Law*, 8.^a edición, 1955, Vol. I, págs. 928 y 929.