

internacional tiene que aceptar primero los principios de su orden jurídico<sup>1</sup>.

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 disociabilidad 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.<sup>a</sup> 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

<sup>1</sup> Oppenheim, L., *International Law*, 8.<sup>a</sup> edición, 1955, Vol. I, págs. 928 y 929.

de sus consecuencias; pero esto no atañe a la cuestión que se examina. El segundo caso es aquel en que las partes hayan concluido un tratado que de buena fe consideran lícito, pero sobre el cual un tercer Estado tiene opinión diferente. En tales circunstancias, se presumirá por lo menos la validez del tratado; y es discutible que sea acertado reconocer al tercer Estado el derecho de impugnar la validez del tratado, porque se plantearía una delicada cuestión de interpretación. El tercer caso es aquel en que las partes entiendan sinceramente, al concluir el tratado, que no es contrario a ninguna norma de *jus cogens*, pero con posterioridad una de ellas llegue a considerar que sí lo es. En este caso también se plantea un problema de interpretación, cuya solución debería encomendarse a un tribunal internacional.

5. Así pues, tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico, bastaría que la Comisión manifestase en el proyecto que todo tratado contrario a una norma de *jus cogens* es nulo.

6. El Sr. LACHS dice que la cuestión de que se ocupa el artículo 13 es vital para el derecho internacional contemporáneo y atañe a la distinción entre las disposiciones de forma y de fondo de un tratado.

7. En los últimos años han aparecido dos tendencias quizá contradictorias: por un lado, un enorme aumento del número de tratados concluidos y de la variedad de materias que regulan; y por otro lado, el número reciente de principios generales que se incorporan al *jus cogens* y llegan a ser parte integrante de él, estableciendo con ello una limitación de la libertad de los Estados al redactar disposiciones convencionales, si han de observar esas normas obligatorias y respetar los intereses, no sólo de las terceras partes, sino de la comunidad internacional en su conjunto. El Relator Especial merece elogios por su juiciosa e interesante manera de tratar una cuestión difícil.

8. Hace unos ochenta años, Bluntschli señaló cuatro tipos de tratados que son nulos por ilicitud<sup>1</sup>; la enumeración es ahora mucho más larga, lo que no quiere decir necesariamente que todos los tratados concluidos en el pasado fueran lícitos. Mucho contribuiría al creciente prestigio del derecho internacional que la Comisión pudiese determinar la relación existente entre los tratados más antiguos y el derecho internacional contemporáneo.

9. En cuanto a la redacción del artículo 13, abriga algunas dudas sobre la estructura del párrafo 1. El hecho de ser contrario al derecho internacional no ha de colocarse en el mismo plano que la consecuencia, que es la nulidad. Son necesarias algunas modificaciones del texto para separar la causa del efecto.

10. Por lo que se refiere a los ejemplos del párrafo 2, si bien es claro que se incluyen como ilustración, quizá la adopción de ese método ofrezca el peligro de dar soluciones fragmentarias. El apartado a) se refiere al uso de la fuerza, pero cuando ello entraña agresión armada se convierte en delito internacional, según la definición establecida por la Constitución del Tribunal

de Nuremberg<sup>2</sup>. En rigor, el número de delitos internacionales es relativamente limitado, pero la serie de actos ilícitos es mucho más amplia. Pueden darse casos en que determinadas disposiciones convencionales infrinjan el derecho internacional, cercenando por ejemplo los derechos fundamentales de terceros Estados, lo que sería sin duda alguna ilícito, pero no delictivo. Los ejemplos del párrafo 2 deberían por tanto ampliarse e incluir los tratados que son manifiestamente desiguales y los tratados que establecen esferas de influencia.

11. No comparte las dudas manifestadas en la sesión anterior por algunos miembros y considera que deben mencionarse en el apartado c) tanto los actos como las omisiones.

12. En el párrafo 3 hay una disposición muy útil e importante que ofrecerá la posibilidad de separar del cuerpo principal de un instrumento internacional que no tenga carácter indivisible aquellas partes que sean ilícitas. Ciertamente, esa disposición favorecerá el futuro desarrollo del derecho de los tratados.

13. En cuanto a la cuestión del efecto retroactivo, es posible que con el transcurso del tiempo algunas disposiciones convencionales que en el momento de la conclusión del tratado eran lícitas, resulten ilícitas. En verdad, no es fácil expresar ese concepto, pero debería recogerse de alguna manera en el artículo 13, cuya aplicación no puede quedar limitada al momento en que el tratado se concluye y ha de extenderse a toda la duración de su existencia.

14. El Sr. AMADO dice que el comentario del Relator Especial al artículo 13 indica que se ha escrito muy poco sobre el *jus cogens* en derecho internacional. Sin embargo, en el derecho internacional el concepto de orden público ha desempeñado un papel muy importante; por ejemplo, antaño, cuando un terrateniente brasileño llegaba a Inglaterra con sus esclavos, éstos quedaban inmediatamente en libertad al pisar suelo inglés, puesto que allá la institución de la esclavitud era contraria al orden público. El ideal sería que el concepto de orden público tuviese la misma fuerza en derecho internacional.

15. Admira el espíritu resuelto con el que el Relator Especial ha intentado liberar el concepto de *jus cogens* de la niebla que lo envuelve en derecho internacional. Sin embargo, ante la primera frase del comentario al artículo 13, no puede menos de envidiar a aquellos de sus colegas que, como el Sr. Tsuruoka, encuentran la idea de *jus cogens* tan clara que no necesita definición. Continúa preguntándose cuál sería la mejor redacción del artículo 13.

16. Reducido a sus términos más sencillos, el problema consiste en definir la ilicitud en derecho internacional, o en especificar cuáles son los fines lícitos o posibles de los tratados; sobre todo, la disposición ha de ser eficaz. El artículo 13 es necesario y el lugar que ocupa en el proyecto de artículos es acertado, pero la Comisión habrá de encontrar una expresión que sea de más fácil comprensión y de carácter menos puramente teórico

<sup>1</sup> Bluntschli, J. C., *Das Moderne Völkerrecht*, Nördlingen, 1878, 3.ª edición, sección 411, pág. 237.

<sup>2</sup> *Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal*, Publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1949.V.7, págs. 92-93.

que la de « *jus cogens* ». Quizá sea conveniente referirse a una norma jurídica general o fundamental. La expresión « la infracción de una norma o principio general de derecho internacional », empleada en el artículo 13, puede ofrecer dificultades de interpretación, porque se plantea la cuestión de si « norma » y « principio » son dos cosas diferentes y de si la palabra « o » está empleada en sentido disyuntivo o conjuntivo.

17. También se opone a la enumeración de ejemplos: preferiría que se enunciase el principio sin ningún intento de dar ejemplos.

18. En cuanto al párrafo 3, está de acuerdo con el Sr. Ago y con el Sr. Bartoš en que se debe hacer lo posible por conservar todo lo que sea lícito del tratado.

19. Añade que la cuestión planteada por el Sr. Yasseen sobre la jerarquía de las normas jurídicas subraya la relación existente entre el artículo 13 y el artículo 14.

20. El Sr. TUNKIN dice que espera resistir a la tentación de entrar en un debate teórico. En general, está de acuerdo con el principio enunciado en el artículo 13 y con muchas de las observaciones formuladas, especialmente con las de los Sres. Ago, Yasseen, Tabibi, Lachs y Amado.

21. Cada vez más, tanto la práctica estatal como la teoría jurídica se basan en la aceptación de que existen algunos principios de derecho internacional generalmente reconocidos, que no admiten derogación por los Estados.

22. El hecho de que algunos principios generalmente reconocidos poseen el carácter de *jus cogens* es una innovación debida a cambios históricos y al hecho de que determinados aspectos, primero y sobre todo los referentes al mantenimiento de la paz, de las relaciones entre Estados, aun cuando sean simplemente bilaterales, han llegado a ser de interés para todos. Si se admite la existencia de normas de *jus cogens*, ha de concluirse que todo tratado que infrinja esas normas debe ser tenido por nulo.

23. El Comité de Redacción habrá de examinar el término que debe emplearse para designar a ese fenómeno relativamente nuevo en derecho internacional, ya que la expresión « *jus cogens* » quizá no sea comprensible para los profanos y de hecho los propios juristas con frecuencia evitan su empleo, como el Sr. Briggs ha indicado en la sesión anterior. Quizá la expresión « principios fundamentales de derecho internacional », aunque no muy precisa, resulte más inteligible.

24. El concepto de orden público internacional es interpretado de manera diferente por distintos autores. Algunos sostienen que se impone como consecuencia del derecho natural cuyo origen se encuentra en la naturaleza humana o que procede de una fuente divina e independiente de la voluntad de los Estados. La historia demuestra, sin embargo, que, a la larga, las leyes que rigen el desarrollo de la sociedad humana son decisivas y cuando las normas de derecho internacional dejan de corresponder a esas leyes y de estar adaptadas a las exigencias de la vida, más pronto o más tarde se convierten en letra muerta y desaparecen. Sin embargo, las leyes del desarrollo no son en realidad de

carácter jurídico, si bien condicionan en último término la creación por los Estados de normas jurídicas mediante acuerdo, lo que, a su juicio, incluye no sólo a los tratados, sino también a la costumbre.

25. Sobre este punto, en el decimoséptimo período de sesiones de la Asamblea General, el representante de los Estados Unidos en la Sexta Comisión interpretó mal el pensamiento del orador al pretender atribuirle la opinión de que las normas de derecho internacional son resultado de los tratados exclusivamente. En realidad, él había expuesto claramente una doctrina diferente subrayando la importancia de las normas consuetudinarias de derecho internacional creadas, a su juicio, por el acuerdo tácito entre los Estados.

26. Algunas de las normas establecidas por acuerdo, en tal amplio sentido, entre Estados, son por éstos reconocidas como normas que poseen el carácter de *jus cogens*. Es decir, no son reglas impuestas desde arriba en virtud de alguna ley natural. Por esto, el Relator Especial ha hecho bien en incluir la disposición que figura en el párrafo 4 del artículo 13, porque un tratado multilateral general en el que sean parte todos o casi todos los Estados de la comunidad internacional puede derogar o modificar una norma de *jus cogens*. La alegación de algunas autoridades en la materia, incluso Sir Hersch Lauterpacht, de que las normas generales sólo pueden derivar del derecho consuetudinario, quizá haya sido verdadera cincuenta años antes: pero ya no lo es ahora con el gran incremento de los tratados multilaterales generales, virtualmente de carácter universal.

27. Aunque el orador admite el principio establecido en el párrafo 4, el Comité de Redacción deberá examinar si dicho párrafo no exige que se modifique la definición de los tratados multilaterales generales que se da en el artículo 1 de la parte I. Claro es que un tratado multilateral concertado, por ejemplo, por cinco Estados, aunque se refiera a normas generales de derecho internacional o trate de cuestiones de interés general para los Estados en su conjunto, puede no considerarse como tratado multilateral general.

28. En cuanto al párrafo 2, entre los ejemplos enumerados debe hacerse referencia a los tratados desiguales, cuya existencia interesa especialmente a los Estados que han logrado recientemente su independencia. En verdad, el caso está previsto en términos generales por el párrafo 1, toda vez que los tratados desiguales son contrarios a las normas de derecho internacional que tienen carácter de *jus cogens*, pero sin duda es necesaria una referencia específica a tales tratados. A efectos de definición, cabe utilizar los términos de la resolución adoptada por la Conferencia Afroasiática de Juristas en su reunión de 1957<sup>1</sup>, en la cual los tratados desiguales se definen como tratados que entrañan una patente desigualdad de obligaciones entre las partes.

29. No se propone comentar el problema aparte de la solución de las controversias internacionales.

<sup>1</sup> Afro-Asian Jurists' Conference, 1957, Damascus Bar Association, pág. 233.

30. Finalmente, dice que desea oír las razones que ha tenido el Relator Especial para emplear los conceptos de « objeto o ejecución » de un tratado en lugar de decir simplemente « un tratado ».

31. El Sr. PAL dice, refiriéndose a la fórmula simplificada de la cual ha dado lectura el Presidente al comienzo de la sesión, que aun a riesgo de que se le tache de simplificar demasiado el texto, propone que se supriman del párrafo 1 algunos elementos, especialmente la referencia al *jus cogens*, que, al igual que el Sr. Amado, considera un tanto imprecisa. Este término no se encuentra en la mayoría de los manuales de derecho internacional, es poco conocido de los juristas especializados en derecho consuetudinario, y él mismo sólo llegó a tener conocimiento de él como resultado de los debates de la Comisión, en el anterior período de sesiones; por estas razones considera que su lugar más apropiado está en el comentario y no en el texto del artículo.

32. El objeto del enunciado por él propuesto es armonizar más el párrafo con el lenguaje de la Carta. Corresponde al Comité de Redacción decidir qué conjunción, « y » u « o » debe utilizarse entre « propósitos » y « principios ».

33. En cuanto a la propuesta del Sr. Tunkin de que se declare nulo un tratado cuando haya una desigualdad manifiesta en las obligaciones contraídas por las partes, no puede admitir que dicha desigualdad baste para hacer nulo un tratado. Debe también haber algunos otros elementos, por ejemplo, la intimidación, o la coacción, o el hecho de que una parte haya logrado una ventaja abusiva sobre la otra; de lo contrario, podría anularse un tratado, por ejemplo, entre los Estados Unidos de América y un Estado pequeño, alegando que los Estados Unidos han aumentado sus ventajas de un modo totalmente desproporcionado con las obligaciones asumidas por el Estado pequeño.

34. Respecto de los ejemplos dados en el párrafo 2, como sólo se han enumerado por vía de ilustración, según se indica en las palabras iniciales « En particular », no hay por qué aumentar su número. Estima que este párrafo es aceptable tal como está.

35. En cuanto al párrafo 3, se adhiere a los miembros que han sugerido su supresión, pues sus estipulaciones no son del todo claras. Incluso en derecho inglés, no es posible llevar el principio de la separabilidad tan lejos como en el párrafo 3. La separabilidad ha de ser examinada por las propias partes. Puede aplicarse cuando se incluyen varios compromisos en un solo contrato; si uno de ellos se considera inválido, es posible mantener los otros. Los ejemplos de separabilidad se reducen en la práctica a los casos de restricciones del comercio; e incluso en estos casos, se atiende al contrato original y el juez habrá de cerciorarse de que las partes hayan previsto la posibilidad de disyunción. No cree que pueda introducirse en el derecho internacional de los tratados una disposición de este tipo.

36. En lo tocante al párrafo 4, está de acuerdo con el Sr. Tunkin en que debe mantenerse. Sus disposiciones quizá son necesarias para contribuir al des-

arrollo progresivo del derecho internacional. Conviene prever la posibilidad de un cambio en las normas del derecho internacional que tienen carácter de *jus cogens*, ya que incluso estas normas pueden no ser definitivas e inmutables; lo que prevé el párrafo 4 es el posible progreso de la sociedad.

37. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que acepta totalmente el artículo 13 y las ideas que lo inspiran, aunque prefiere una simplificación del texto en el sentido propuesto por los Sres. Briggs y Ago.

38. En cuanto al párrafo 1, dice que, aunque siempre ha admirado el espíritu equilibrado del Sr. Pal así como su afán de conciliar un apoyo ardiente al progreso del derecho internacional con su interés por la estabilidad de las relaciones nacidas de un tratado, estima que su propuesta daría demasiadas oportunidades a aquella parte que deseara sustraerse a las obligaciones por ella contraídas en virtud de un tratado. Una parte que actúe de mala fe podrá alegar motivos generales para sostener que un tratado es « incompatible con los propósitos y principios de las Naciones Unidas ». Como es bien sabido, las finalidades y los propósitos y principios de las Naciones Unidas se expresan en la Carta en forma de amplias declaraciones generales.

39. El orador no está en favor de mantener una referencia especial a la ejecución del tratado. Desde el punto de vista de la teoría general de los tratados, el término « objeto » abarca también la ejecución de un acuerdo.

40. En cambio, apoya la eliminación del término poco satisfactorio de « *jus cogens* » y su sustitución por el texto tomado del apartado c) del párrafo 3 del artículo 1 de la parte II. En consecuencia, somete a la consideración del Comité de Redacción un enunciado del párrafo 1 que diga « Un tratado será nulo si su objeto entraña la infracción de una norma o principio general de derecho internacional que no admite excepción y que sólo puede ser modificada o anulada por una norma posterior de derecho internacional general ». La expresión « que no admite excepción » es necesaria porque refleja la esencia de lo que el *jus cogens* constituye. La disposición final, en la que se especifica que una norma de *jus cogens* sólo puede ser modificada por una norma posterior del derecho internacional general, satisfará a los señores Ago y Tunkin al evitar la confusión entre el derecho internacional general y los tratados multilaterales generales.

41. No tiene ninguna objeción que hacer al párrafo 2, cuyo contenido es casuístico.

42. Merece la pena conservar el párrafo 3, si bien no dentro del artículo 13; el artículo 26, que trata de la disyunción de las cláusulas de un tratado sería lugar más apropiado; quizá no convenga introducir un elemento secundario en un artículo tan importante como es el 13.

43. El párrafo 4 resultaría innecesario si se adoptase el enunciado que él propone para el párrafo 1, pues las palabras finales del párrafo 1 comprenden el punto a que se refiere el párrafo 4.

44. Por lo que respecta a la sugestión del Sr. Tunkin para la introducción en el párrafo 2 de un ejemplo adicional de los tratados que establecen una desigualdad manifiesta en las obligaciones, no puede aceptar que el derecho internacional contenga una norma sobre una materia que excede de la voluntad de las partes. Antes bien, el derecho internacional arranca del punto de vista opuesto: de la supremacía de la voluntad de las partes.

45. Introducir el ejemplo sugerido por el Sr. Tunkin equivaldría a introducir en un artículo que se ocupa de la licitud de los tratados un nuevo vicio de consentimiento, conocido en el derecho francés como « *lésion* » y que no tiene equivalente preciso en la lengua inglesa. En derecho romano, el concepto de *laesio enormis* tuvo su origen en la protección a los menores de 25 años y dio como resultado la aparición de la figura de la incapacidad contractual; posteriormente se desacreditó porque su abuso daba lugar a la inestabilidad contractual. El derecho internacional contemporáneo no puede aceptar el concepto de lesión, puesto que su admisión podría entrañar, en la práctica, la incapacidad contractual de ciertos Estados, en lugar de la igualdad absoluta que prevalece hoy en día, y podría afectar a la soberanía e independencia de los Estados, que se manifiesta, entre otras formas, en la capacidad de concluir cualquier tratado, como lo muestra la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 5 de septiembre de 1931 sobre el Régimen aduanero entre Alemania y Austria<sup>1</sup>. A la luz de esta opinión, cualquier sugerencia de introducir el concepto de lesión en el derecho internacional parecería hostil al principio de la soberanía de los Estados.

46. Queda la importante cuestión de determinar si existe desigualdad de obligaciones en determinado caso y si correspondería a las partes decidir al respecto. Aun cuando se aceptase la decisión de la tercera parte, el derecho internacional no establece criterios para la solución de estos casos.

47. Desde el punto de vista de las relaciones internacionales, la introducción de este concepto sería muy arriesgada. En América Latina, por ejemplo, muchos Estados podrían sostener, con arreglo a una disposición de la índole de la sugerida, que sus diversos tratados sobre fronteras han producido una manifiesta desigualdad de obligaciones. Los tratados de más de un siglo de existencia podrían ponerse entonces en tela de juicio, con lo cual se abriría la caja de Pandora de las dificultades para las relaciones entre los Estados.

48. El Sr. AGO dice que, en general, comparte las opiniones expresadas por el Presidente. Es cierto que en lo que se refiere al artículo 13 parece haber acuerdo general entre los miembros de la Comisión. Sólo quedan por estudiar algunas cuestiones de detalle y también la cuestión de si procede suprimir algunos párrafos del artículo.

49. La finalidad del párrafo 1 es declarar que un tratado es nulo si va contra una norma que no admite excepción; éste es un concepto muy diferente del de

la ilicitud de algunos contratos, idea que, al parecer, ha propuesto Sir Hersch Lauterpacht. La Comisión debería limitarse al problema de las normas perentorias de *jus cogens*. Ateniéndose a esta idea, la Comisión debería tal vez cambiar el título del artículo y, como ha propuesto el Sr. Amado, suprimir la palabra « infracción », que sugiere la idea de un acto ilícito. No se trata de acto ilícito, ni se plantea por tanto ningún problema de responsabilidad; se trata de la oposición a una norma que no admite excepción; y tal oposición hace nulo el tratado.

50. Aunque no comparte todas las afirmaciones del Sr. Tunkin relativas a la costumbre jurídica, conviene en que las normas generales que no admiten excepción son normas consuetudinarias o normas que, aun consagradas por un tratado, son válidas no obstante a título de normas consuetudinarias para los Estados no obligados por el tratado y que, por ende, son válidas para los Estados en general.

51. El orador conviene en que sería poco conveniente referirse al mismo tiempo a las « normas generales » y a los « principios generales » del derecho internacional, porque esto haría pensar que la Comisión da significados diferentes a las palabras « norma » y « principio »; sería más adecuada una expresión tal como « una norma general y perentoria que no admite excepción ».

52. También se debería evitar toda referencia a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, porque no todos los principios de las Naciones Unidas tienen carácter imperativo y no todas las normas imperativas del derecho internacional están incorporadas a la Carta de las Naciones Unidas.

53. Ha meditado más detenidamente el problema de si conviene o no enumerar ejemplos en el párrafo 2 y admite que sería posible añadir otros ejemplos a la lista dada en el proyecto de artículo, por ejemplo el de la libertad de navegación en alta mar. Pero, como es intrínsecamente difícil establecer una lista y como además las normas perentorias pueden cambiar, sería mejor no dar ejemplo alguno; en cambio debería permitirse que se desarrollara la interpretación del artículo.

54. Con respecto al párrafo 3, agradece al Presidente la sugerencia que ha formulado. Es cierto que puede reconocerse que una parte de un tratado sigue siendo válida, pero es ésta una situación más bien hipotética; además, quizá no sea fácil para los Estados contratantes determinar las estipulaciones del tratado que deben mantenerse, pues las diferentes partes de un tratado se completan entre sí y establecen con frecuencia una especie de equilibrio.

55. El párrafo 4 no es necesario, porque es evidente que una norma de *jus cogens* no puede ser suprimida por un acuerdo privado entre los Estados; únicamente puede ser sustituida por otra norma general de *jus cogens*.

56. El Sr. TSURUOKA dice que lamenta haberse expresado tan defectuosamente que el Sr. Amado no le ha comprendido bien. Lo que la Comisión trata de expresar en el artículo 13 resulta claro para todos, y

<sup>1</sup> P.C.I.J., Series A/B, N.º 41, págs. 37-54.

el Sr. Ago lo ha dicho con toda claridad: un tratado contrario a una norma perentoria que no admite excepción es nulo. La cosa resulta menos clara cuando se intenta definir el contenido de tales normas.

57. Conviene con el Sr. Ago en que el párrafo 1 debería ser nuevamente redactado y en que lo esencial de los párrafos restantes debería ser trasladado al comentario, para facilitar la comprensión y la aplicación del párrafo 1.

58. El Sr. de LUNA dice que el Sr. Bartoš ha señalado acertadamente en la sesión anterior que si se acepta el concepto de *jus cogens*, esto supone la existencia de normas de derecho internacional que prevalecen sobre la voluntad de los Estados y que no admiten excepción. El orador se ha opuesto desde 1932 a la teoría del monopolio estatal del derecho internacional, sostenida por la escuela positivista formalista que predominaba por entonces. Se congratula, por tanto, de que la Comisión apoye un principio tan esencial para el mantenimiento de la paz internacional.

59. El positivismo jurídico presupone una doble limitación del derecho internacional. Lo aísla de todo contexto económico, político, social o ético y lo considera como un derecho que emana únicamente de la voluntad del Estado. Después de confinarlo en límites tan estrechos, la escuela positivista lo acepta sin expresar ningún juicio de valor y lo considera como un sistema lógicamente coherente de normas clasificadas en un cierto orden jerárquico. Para tal teoría, el derecho internacional, que refleja únicamente la voluntad del Estado, se expresa como derecho escrito en forma de tratados, o de fallos de los tribunales internacionales.

60. Pero esta teoría va demasiado lejos, puesto que muchos tratados ya no están en vigor o pueden considerarse como caducados aunque no hayan sido expresamente denunciados; una norma no puede ser interpretada fuera del contexto social que constituye la razón misma de su existencia. Pero al mismo tiempo aquella teoría no va bastante lejos, porque creer que la experiencia de la sociedad no puede ser *ipso facto* investigada científicamente, por considerarla como una experiencia puramente metafísica, es descender a una metafísica negativa opuesta a la verdadera base de la ciencia y del derecho positivos. Para salir de esta dificultad, se recurre al concepto del derecho consuetudinario internacional como fundamento de las normas que no pueden apoyarse en la voluntad formal del Estado; y a la teoría de la autosuficiencia jurídica para adaptar las normas de derecho a los valores sociales.

61. Es evidente que la doctrina positivista del derecho no puede reconocer la existencia del *jus cogens* y, por tanto, tampoco la del orden público internacional. Como ha demostrado muy bien el Sr. Pal, toda sociedad está basada en una *Weltanschauung* compartida por todos sus miembros. La doctrina positivista ha podido sostenerse en la práctica, porque los diferentes grupos que se han ido sucediendo en el ejercicio del poder durante el siglo XIX compartían la misma *Weltanschauung*. La sociedad internacional de aquella época pudo por ello aceptar la idea de la voluntad ilimitada del Estado, porque era relativamente estable. Pero

cuando surgió un fenómeno tal como el nazismo, la validez de esa teoría resultó discutible.

62. La concepción contractual del derecho internacional, que no reconoce el *jus cogens*, corresponde a la época en que el derecho internacional no es más que un derecho para las grandes Potencias. Pero el derecho internacional moderno se ha universalizado y se ha socializado. Para que pueda establecerse la coexistencia pacífica, es necesario que se coordinen las ideologías modernas, de las cuales hay por lo menos tres; porque de no hacerse así, la humanidad no tiene futuro alguno. La noción de *jus cogens* debe establecer límites a la autonomía de la voluntad de los Estados; pero el derecho internacional no se conmoverá en sus cimientos si la Comisión establece el principio de que todos los tratados del pasado contrarios al *jus cogens* son nulos. Lo que pierden los Estados se verá compensado por lo que ganan. En todo caso, no puede permitirse que el egoísta interés nacional reduzca a la nada el bien común internacional.

63. La esencia del *jus cogens* podría definirse mejor a contrario mediante el concepto del *jus dispositivum*. Debe establecerse una distinción entre dos tipos de normas del *jus dispositivum*, a saber, las normas que pueden derogarse por otra norma de derecho internacional, por un acto unilateral o por un acuerdo entre sujetos del derecho internacional, y las normas suplementarias que colman las lagunas existentes en las normas anteriores. En derecho interno no puede decirse que una norma constituya *jus dispositivum* sólo porque una ley posterior pueda derogarla; de ser así, la totalidad del derecho interno y del derecho internacional sería *jus dispositivum*. Análogamente, no puede decirse en derecho internacional que una norma sea parte del derecho positivo sólo porque, por ejemplo, un tratado entre dos Estados pueda ser derogado por un tratado posterior.

64. La definición del Relator Especial es digna de encomio porque satisface los requisitos morales, económicos y sociales necesarios para la existencia de una sociedad internacional, requisitos que son por tanto imperativos y absolutos; y no pueden ser ignorados en derecho internacional, porque, o prevalecen en definitiva, o la comunidad internacional se disuelve.

65. El párrafo 2 debe suprimirse, porque los ejemplos dados en él se refieren a lo que está prohibido, mientras que las normas del *jus cogens* son normas constitucionales de la comunidad internacional y no dependen de la voluntad de los Estados.

66. En el párrafo 1 deberían suprimirse las palabras «contrario al derecho internacional» pero debe mantenerse el término *jus cogens*. El párrafo 3 debe mantenerse por las razones que ha dado el Sr. Yasseen.

67. El Sr. GROS dice que después de un debate tan erudito hablará estrictamente de derecho positivo. Desde un punto de vista puramente pragmático, es claro que la Comisión está de acuerdo sobre el objeto ahora propuesto, que en definitiva es redactar un artículo para una convención que ha de presentarse a los Estados. Lo mejor es un texto sencillo; presentar a ciento diez

Estados un artículo que requiera explicaciones y adopción de posiciones sobre la teoría del derecho, no sería un procedimiento cuerdo.

68. La única finalidad del artículo 13 es enunciar que en derecho internacional existen normas fundamentales, una de las cuales es la de que hay ciertas reglas que no admiten excepción. Esto es todo lo que hay que decir y puede expresarse en los términos propuestos por el Sr. Ago, indicándose a continuación la sanción correspondiente, a saber, la nulidad del tratado.

69. Se plantea entonces una primera cuestión a la que se han referido todos los anteriores oradores; determinar la esencia de ese concepto fundamental. El problema surge en relación con muchos otros aspectos del derecho, pero nadie se ha preocupado de elaborar una definición precisa, ya que el derecho internacional se construye esencialmente caso por caso a través del lento progreso de la práctica de los Estados y de las decisiones judiciales. No debe interpretarse como insuficiencia no llegar inmediatamente a una definición de su esencia, pues tal definición sería aproximada ya que el derecho evoluciona y esa definición sólo puede enunciarse en la forma general de normas fundamentales que no admiten excepción durante un cierto período. El Relator Especial lo expone admirablemente hacia el final del párrafo 3 de su comentario al artículo 13, diciendo: «De ahí que parezca lo más prudente en términos generales la regla de que un tratado es nulo si está en conflicto con una norma de *jus cogens* y dejar que se elabore todo el contenido de esta regla en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales».

70. En lo tocante al significado intrínseco del *jus cogens*, aunque aceptando el criterio del Sr. Ago sobre esas reglas fundamentales, desea subrayar que dichas reglas constituyen normas. De la misma manera, los principios generales del derecho son reglas, porque si no le fueran no serían generalmente aceptados para regir el orden público internacional. Cualquiera que sea el término empleado, principios generales del derecho, *jus cogens* o normas fundamentales, se trata en efecto de reglas de derecho positivo.

71. Lo expuesto le lleva a inclinarse por la redacción simplificada propuesta para el párrafo 1, es decir, la supresión de las palabras «contrario al derecho internacional» y del término «*jus cogens*».

72. La enumeración que se hace en el párrafo 2 no suscita problema alguno, pero no es indispensable. Al Comité de Redacción incumbe examinar esto punto.

73. Parece un tanto académico el caso hipotético de que trata el párrafo 3, pues supone dar una interpretación de una situación que puede plantearse en otros casos en que las normas fundamentales no son aplicables. Puede ofrecer dificultades la interpretación de tratados generales que no tienen en cuenta el problema de las normas fundamentales de carácter excepcional; también debe considerarse el efecto que la desaparición de ciertas cláusulas puede tener en el equilibrio del tratado. Se trata de cuestiones muy generales de las que no ha de ocuparse necesariamente el artículo 13.

Por ello, el orador se inclina a aceptar la supresión del párrafo 3.

74. En vista de las explicaciones dadas acerca del párrafo 4, cree preferible que se trata esa cuestión en el comentario.

75. Aunque el debate ha sido muy interesante, cree que ha llegado el momento de remitir el artículo 13 al Comité de Redacción.

76. El Sr. YASSEEN dice que está convencido de la existencia del *jus cogens* como concepto de derecho positivo. Se ha explicado la existencia de las normas de *jus cogens* refiriéndolo al derecho natural; sin embargo, puede explicarse fácilmente en el marco del derecho positivo. No cabe duda, en efecto, de que los Estados mismo pueden modificar el contenido del *jus cogens*. En consecuencia, estima conveniente el párrafo 4, aunque sólo sea para subrayar que el *jus cogens* es un concepto de derecho positivo.

77. El párrafo 1 únicamente enuncia las consecuencias de la infracción de las normas de *jus cogens*. No hay una orientación para reconocer la existencia de una norma perentoria. No se da una definición material del *jus cogens*, ni un criterio para diferenciar las normas de *jus cogens* de las de *jus dispositivum*: normas facultativas o dispositivas.

78. Por ello, el párrafo 2 es esencial, a falta de una definición material y de cualquier criterio. Es indudable que debe enunciarse en el artículo el contenido del concepto de *jus cogens*, mediante ejemplos concretos y claros, ya sean los ofrecidos por el Relator Especial o los indicados por otros miembros, de manera que los Estados puedan referirse en la práctica internacional al contenido del *jus cogens*.

79. Mantiene el orador su criterio sobre el párrafo 3. Hay que salvaguardar todo lo posible los tratados internacionales; así lo hace el párrafo 3 previendo la nulidad de parte del tratado.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

## 685.<sup>a</sup> SESION

Miércoles 22 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)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del artículo 13 que figura en la Sección II del segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/156).

#### ARTÍCULO 13 (TRATADOS NULOS POR ILICITUD) (continuación)

2. El Sr. ROSENNE dice que aprueba por completo la tendencia claramente manifestada durante el debate,