

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.^a 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,

en favor de simplificar el párrafo 1 combinándolo con la definición que consta en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 1, y suprimiendo el término «*jus cogens*».

3. La expresión *jus cogens* es un término técnico, difícil de explicar a los profanos; y debe recordarse que los artículos habrán de ser aplicados en muy distintas circunstancias y por muy distintas personas. Tendrán también que ser traducidos a varios idiomas, además de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas. El artículo debe ser lo más claro y lo más completo posible, aun a expensas de la *elegantia juris*.

4. El concepto de *jus cogens* ha existido desde hace mucho tiempo en el derecho internacional, aunque en forma rudimentaria. No obstante, hay profundas diferencias de criterio en cuanto a las razones de su existencia y a sus fundamentos; unos lo basan en el derecho positivo, otros en el derecho natural, mientras que otros le atribuyen un origen superior, incluso divino. Pero hay consenso general en un punto, a saber, que el objetivo del *jus cogens* es satisfacer una importante necesidad social. En principio, todas las normas jurídicas son iguales; por ello, el mismo concepto de *jus cogens* constituye una excepción a un principio jurídico fundamental. En último término, no es tanto el propio derecho como la sociedad quien define el contenido del *jus cogens*.

5. En la práctica, todo el artículo 13 recibirá una interpretación restrictiva no sólo por los tribunales sino también por otros órganos de aplicación de la ley, como los órganos políticos de las Naciones Unidas. La razón es doble: en primer lugar, sus disposiciones limitan la libertad de contratar, que es principio fundamental del derecho internacional y, en realidad, de las relaciones internacionales; en segundo lugar, el artículo dispone que los tratados concertados con violación de sus disposiciones son nulos y sin ningún efecto. Es por ello indispensable armonizar la norma contenida en el artículo con otro principio fundamental del derecho internacional, que figura en la propia Carta de las Naciones Unidas como principio de *jus cogens*: *pacta sunt servanda*.

6. En vista de las grandes discrepancias filosóficas que se han manifestado en el debate, es menester mantener los ejemplos del párrafo 2. A pesar de sus discrepancias sobre otros puntos, todos los miembros están de acuerdo en que los ejemplos son ilustraciones de los principios del *jus cogens*; disienten, en cambio, en cuanto a los principios adicionales que deberían incluirse. No obstante, sus discrepancias son una advertencia de las dificultades que pueden preverse en la aplicación del artículo 13, y que han de tenerse en cuenta. Si el artículo ha de producir los efectos adecuados, es esencial que todos los que están dedicados a la elaboración de tratados, especialmente todos los juristas internacionales, tengan idea clara de lo que se entiende por *jus cogens* y que esa idea no sea puramente filosófica o teórica. Por lo tanto, debe incluirse una lista abierta de ejemplos en el mismo artículo y no sólo en el comentario, aun a costa de una redacción poco elegante.

7. El orador cree posible establecer criterios objetivos para determinar si una norma concreta de derecho internacional tiene carácter de *jus cogens*. A este respecto

coincide con el Sr. Tunkin en que la distinción entre normas generales de derecho internacional y principios generales de derecho internacional no tiene excesiva importancia, aunque es útil mantener ambas expresiones.

8. Es significativo que los tres ejemplos dados por el Relator Especial en el párrafo 2 tengan por lo menos dos rasgos comunes. En primer lugar, están incorporados de una manera u otra, parcial o totalmente, a un instrumento internacional; en segundo lugar, han sido aplicados por los tribunales, incluida la Corte Internacional de Justicia, y por otros órganos. Por ejemplo, la norma enunciada en el apartado a) figura en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, proviene del Pacto de París¹ y ha sido aplicada por el Tribunal de Nuremberg como *jus cogens*, y por la Corte Internacional de Justicia en parte de sus resoluciones en el caso del *Canal de Corfú*². Las normas enunciadas en los apartados b) y c) han sido aplicadas por el Tribunal de Nuremberg y por otros tribunales como derecho internacional vigente y como *jus cogens*, si bien quizá tengan un remoto origen convencional en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907. Han sido nuevamente formulados por la Comisión de Derecho Internacional y aprobadas por la Asamblea General. Son muy oportunas las palabras que Sir Gerald Fitzmaurice, representante del Reino Unido, después miembro de la Comisión de Derecho Internacional y en la actualidad Magistrado de la Corte Internacional, dirigió a la Sexta Comisión el día 3 de noviembre de 1950: «Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la situación existente antes de la Constitución de Nuremberg, la posición actual es perfectamente clara y nadie pone en duda que los principios de Nuremberg son principios reconocidos de derecho internacional. La confirmación de la Asamblea General basta para hacer de ellos principios reconocidos, en cuanto interesa a los Estados Miembros de las Naciones Unidas»³.

9. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, estableció con carácter de *jus cogens* el deber de todos los Estados de cooperar a la supresión del genocidio, sosteniendo que dicho deber es totalmente independiente de la misma Convención sobre el Genocidio y dimana de las resoluciones de la Asamblea General sobre esta materia⁴.

10. Encomia el orador la notable intervención del Sr. Tunkin en la 682.^a sesión en la que ha presentado la segunda guerra mundial como una sanción: En efecto, la coalición contra los agresores fue denominada las Naciones Unidas, durante esa guerra; y las Naciones Unidas son actualmente sus sucesoras.

11. En consecuencia, cree el orador que existen elementos que permiten determinar con un razonable grado de precisión si una norma dada constituye *jus cogens*,

¹ *League of Nations Treaty Series*, Vol. 94, pág. 57.

² *I.C.J. Reports*, 1949, pág. 35.

³ *Documentos Oficiales del quinto período de sesiones de la Asamblea General, Sexta Comisión*, 233.^a sesión, párr. 5.

⁴ *Reservas a la Convención sobre el Genocidio, I.C.J. Reports*, 1951, pág. 23.

teniendo presente que, sobre todo cuando se trata de normas detalladas, la cuestión deberá decidirse con arreglo a las circunstancias particulares de cada caso.

12. Naturalmente, no va a decir que todas las resoluciones de la Asamblea General, incluso aquellas que son simples declaraciones, tienen *per se* el carácter de *jus cogens*. No obstante, acepta el criterio de que las resoluciones de la Asamblea General pueden tener efectos jurídicos, si bien su extensión precisa varía de un caso a otro, y se complace en observar que cada vez más la opinión jurídica comparte ese criterio. Sin embargo, teniendo en cuenta el efecto perentorio que las disposiciones del artículo 13 han de tener sobre los tratados, junto con la interpretación restrictiva que cabe presumir que se hará de este artículo, es indispensable no partir de la base de que todas las resoluciones, incluso en forma de declaración, de la Asamblea General tienen carácter de *jus cogens*.

13. Pueden hallarse otros criterios objetivos. Por ejemplo, es significativo que el debate sobre la admisibilidad de las reservas en las conferencias convocadas para redactar convenciones multilaterales haya girado sobre todo en torno a la cuestión de determinar hasta qué punto es permisible apartarse de sus disposiciones. Una convención que permita reservas a cualesquiera de sus cláusulas no tendrá ninguna norma de *jus cogens*. Si una convención prohíbe las reservas a alguno de sus artículos, habrá una fuerte presunción de que el contenido de esos artículos tiene el carácter de *jus cogens*, con respecto a la materia que es objeto de la convención.

14. En conclusión, es necesario incluir en el artículo 13 cierto número de ejemplos cuidadosamente escogidos, formulados adecuadamente y de general aceptación. El orador acepta el párrafo 2, a reserva de modificaciones en su redacción, pero insta a la Comisión a que decida sobre la cuestión de principio antes de que se remita el artículo al Comité de Redacción. Si se suprimieran los ejemplos, no sólo el artículo 13 sino todo el proyecto sería impracticable, irreal e inaceptable para los gobiernos.

15. No le convencen los argumentos aducidos en defensa del párrafo 3, que incluso pueden entrañar contradicción en los términos. No obstante, desiste de continuar analizando este punto, en vista de la propuesta del Presidente de que se aplase el examen de dicho párrafo hasta que la Comisión se ocupe del problema general de la disociabilidad.

16. Respecto del conflicto entre el *jus cogens* y la norma *pacta sunt servanda*, indica que un tratado sólo puede ser considerado nulo en función de una norma de derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens* y esté ya en vigor cuando el tratado haya sido concertado. No cree el orador que la Comisión pueda ahora sostener la opinión de que un tratado que ha sido concertado válidamente, pueda con el tiempo resultar nulo en función de una nueva norma que haya entrado en vigor ulteriormente. El proceso de cambio en las normas de derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens* debe ser estudiado cuidadosamente. En algunas materias las normas cambian imperceptiblemente y las modificaciones de las antiguas normas, o las normas totalmente nuevas, pueden tardar decenios

en quedar establecidas. En otros artículos del proyecto, el Relator Especial se ha ocupado de la relación entre un tratado y los cambios ulteriores en el derecho. Es menester limitar las disposiciones del artículo 13 a las normas que tengan el carácter de *jus cogens* al concertarse el tratado.

17. El orador desea reservar también su actitud en cuanto al párrafo 4, cuyo texto podría interpretarse, aunque ciertamente no es tal la intención del autor, como una autorización para modificar normas que tengan el carácter de *jus cogens* y dimanen de la Carta, sin proceder a una revisión oficial de ésta.

18. Por último, en cuanto al lugar que ocupa el artículo 13, no le han convencido sus críticas. El contenido del artículo 13 no tiene relación alguna con las disposiciones de los artículos 11 y 12. El artículo 13 se refiere a los casos en los cuales un tratado es nulo y a las consecuencias de esa nulidad. Se ha dicho que en los códigos nacionales, un artículo de este tipo estaría situado inmediatamente después de los artículos relativos a los vicios del consentimiento. Pero existen algunas diferencias fundamentales entre el derecho internacional y el derecho interno: la primera, que el derecho internacional se basa en el principio de la buena fe; la segunda ha sido explicada en términos muy claros por la Corte Internacional de Justicia en el asunto del derecho de paso. En su fallo del 26 de noviembre de 1957 sobre las objeciones preliminares, se dice: « Es una regla de interpretación que todo texto que emane de un gobierno ha de interpretarse en principio en el sentido de producir y estar destinado a producir efectos con arreglo al derecho vigente y no contra éste »¹. Aparte de estas dos diferencias, debe también recordarse siempre que, a diferencia del derecho internacional, el derecho interno se aplica bajo el control de los jueces y de los tribunales.

19. El Sr. de LUNA dice que ha oído con interés la intervención del Sr. Rosenne, que denota su inquietud frente a las grandes divergencias de opinión de los miembros de la Comisión con respecto a la base filosófica del *jus cogens*. Se reconoce generalmente que el *jus cogens* forma parte del derecho positivo, pero el desacuerdo en cuanto al contenido del derecho positivo origina el equívoco. Si el término « derecho positivo » significa las normas establecidas por los Estados, entonces el *jus cogens*, por definición, no es derecho positivo. Pero si el « derecho positivo » significa las normas vigentes en la práctica de la comunidad internacional, entonces el *jus cogens* es realmente derecho positivo. Pero, seguramente, por muy divididas que estén las opiniones de los miembros de la Comisión, ésta dará un ejemplo de coexistencia pacífica en la esfera del derecho internacional y adoptará las ideas compartidas por la mayoría de sus miembros.

20. En relación con el problema suscitado por el párrafo 4, piensa que el párrafo debería ser omitido.

21. El Sr. ROSENNE estima, al parecer, que el párrafo 3 presenta ciertos defectos derivados del desarrollo del *jus cogens*. En realidad, la razón de los

¹ I.C.J. Reports 1957, pág. 142.

cambios en el *jus cogens* se encuentra en el progreso de la conciencia jurídica de la comunidad internacional. Una situación que ha nacido injustamente debe desaparecer. Y no debe existir por ello ninguna inquietud, pues el derecho internacional camina hacia adelante, no hacia atrás. El orador cree en el progreso de la humanidad; los nuevos principios del *jus cogens* que sean aceptados en lo futuro constituirán ciertamente un progreso y no una negación de las reglas actualmente existentes de *jus cogens*.

22. El Sr. AGO dice que desea aclarar algunos puntos para que no quede equívoco alguno cuando el artículo 13 sea sometido al Comité de Redacción.

23. La intervención del Sr. Rosenne le ha sorprendido en cierto modo; no cree el orador que las opiniones en la Comisión se encuentren divididas acerca de la noción de *jus cogens* o de las normas perentorias. Entiende que la Comisión ha reconocido que tales normas son reglas generales que no admiten excepción, ni siquiera por acuerdo privado entre dos o más partes. Las normas imperativas pueden tener origen consuetudinario o incluso contractual, pero a condición de que hayan llegado a ser normas generales. Estas normas tienen que ser válidas para todos los miembros de la comunidad internacional, y tienen que ser válidas en especial a título de normas consuetudinarias con respecto a los Estados que no son parte en los tratados en que se enuncian.

24. Sería erróneo decir que la Carta de las Naciones Unidas contiene únicamente normas de *jus cogens*; pero también lo sería decir lo contrario. Las normas realmente perentorias son todavía muy pocas en número y probablemente nunca serán muchas en derecho internacional.

25. Comparte plenamente la opinión del Sr. Rosenne acerca de la condición jurídica de las resoluciones de la Asamblea General, que no forman parte del *jus cogens*. En realidad, ni siquiera llega a plantearse la cuestión. Dichas resoluciones no constituyen una fuente del derecho internacional y no pueden, por tanto, originar normas perentorias.

26. La idea expresada en el artículo 13 no es completamente nueva. Aunque es cierto que algunos internacionalistas del siglo XIX, e incluso de comienzos del XX, han sostenido la opinión de que todas las normas de derecho internacional tienen carácter dispositivo, y aunque hay que reconocer que sólo en tiempos muy recientes se ha aceptado el carácter perentorio de ciertas normas, no cree que la noción de *jus cogens* o de normas perentorias haya sido desconocida por el derecho internacional del período anterior a la primera guerra mundial. Algunas de las normas de derecho marítimo, por ejemplo, que han llegado a ser consideradas como perentorias en tiempos recientes, eran ya perentorias en el siglo XIX y aun antes.

27. El Sr. ROSENNE ha planteado el importante problema de si una norma de derecho internacional que adquiere el carácter de perentoriedad en determinado momento influye únicamente en los tratados concertados posteriormente, o si los tratados concertados ante-

riormente y considerados como válidos hasta aquel momento pueden dejar de serlo. En primer lugar, el orador piensa que no es procedente hablar de efectos retroactivos en esta caso concreto. En segundo lugar, una norma no puede ser considerada como perentoria si permite la subsistencia de tratados contrarios a su contenido, porque esto sería una contradicción en los términos. Cree, por lo tanto, con el Sr. Rosenne, que pudiera ser peligroso expresar esta idea en forma demasiado concreta; la ha mencionado únicamente porque ha sido sostenida la idea contraria. No cree que la Comisión deba comprometerse acerca de este punto, en un artículo. El problema debe ser resuelto por la interpretación y por la práctica, pues la principal preocupación de la Comisión debe ser salvaguardar la existencia de los tratados.

28. El Sr. TUNKIN dice que el Sr. Rosenne ha señalado el hecho de que los miembros de la Comisión discrepan en cuanto a la explicación filosófica del *jus cogens* y a las fuentes de que procede. Pero, como ha indicado el Sr. Ago, no existe desacuerdo en relación con la naturaleza jurídica del *jus cogens*. Lo que importa es que todos los miembros convengan en la cuestión práctica de que ningún Estado puede eludir contractualmente una norma que tenga el carácter de *jus cogens* y en que tales normas existen. Pueden existir diferencias de opinión acerca de la explicación filosófica del derecho internacional considerado en su conjunto, o de los distintos problemas del derecho internacional. Lo esencial en este debate es que la Comisión está dedicada a formular, no un tratado teórico, sino un proyecto de convención. Por supuesto, los miembros pueden no estar de acuerdo en las cuestiones teóricas o filosóficas, y todavía puede esperarse menos que los Estados coincidan en tales cuestiones.

29. El Sr. ROSENNE parece no haber comprendido bien la declaración del orador respecto de la segunda guerra mundial. Nunca ha creído que la segunda guerra mundial fuera una sanción. Rechaza completamente la doctrina de Kelsen y nunca ha considerado que la guerra constituya una sanción. Cree que ni siquiera en el antiguo derecho internacional la guerra ha sido realmente considerada como una sanción.

30. Deplora también que se haya planteado la cuestión de los efectos jurídicos de las resoluciones de la Asamblea General. Esa cuestión no tiene relación directa con el debate; pero, puesto que ha sido planteada, se ve obligado a señalar que comparte en su conjunto la opinión expresada por el Sr. Ago y no la expresada por el Sr. Rosenne. La Carta, que constituye el documento básico para la interpretación de las resoluciones de la Asamblea General, indica claramente que esas resoluciones no imponen obligaciones jurídicas a los Estados. Es muy peligroso, y puede hacer bastante daño, leer en la Carta más de lo que está escrito, especialmente en lo que se refiere a las resoluciones de la Asamblea General. Decir que esas resoluciones pueden imponer obligaciones a los Estados equivale a afirmar que existe un proceso de legislación internacional; esto cambiaría la naturaleza misma de las Naciones Unidas. Conviene con el Sr. Ago en

que esas resoluciones desempeñan un papel en la elaboración de las normas de derecho internacional, pero nunca pueden llevar a su término el proceso de elaboración de las normas en derecho internacional. Las normas de derecho internacional sólo pueden ser establecidas por la costumbre o por los tratados.

31. El Sr. YASSEEN comparte la opinión del Sr. Ago de que es difícil admitir la existencia simultánea de normas de *jus cogens* y de normas contrarias a ellas. La consuecencia del establecimiento de una nueva norma perentoria es la nulidad de todas las normas anteriores incompatibles con la nueva. Ese efecto de la norma perentoria no es retroactivo, sino inmediato.

32. En cuanto a la fuerza jurídica de las resoluciones de la Asamblea General, si bien esas resoluciones no son fuente directa de derecho internacional, tienen innegable efecto sobre el orden público internacional. Un ejemplo se dio en el último período de sesiones de la Asamblea General en relación con la resolución de 1960 sobre el colonialismo. Algunos representantes sostuvieron que las resoluciones de la Asamblea General son meras recomendaciones y que en consecuencia la resolución de 1960 sobre el colonialismo no pone fin a la validez de las pretendidas normas consuetudinarias que son la base del sistema colonialista. Sostuvo que la referida resolución de la Asamblea General constituye la expresión de la opinión general de los Estados y puede considerarse como una prueba de la desaparición del elemento psicológico que es indispensable para el mantenimiento de las normas consuetudinarias. Las resoluciones de la Asamblea General, en especial las aprobadas unánimemente o casi unánimemente, son prueba indudable de la evolución de la opinión mundial que, en ciertos casos, puede determinar indirectamente el desuso de una norma de derecho internacional.

33. El Sr. BARTOŠ dice que las observaciones del Sr. de Luna formuladas durante la sesión anterior son para él algo embarazosas, porque denotan que se ha expresado mal o que se le ha entendido torcidamente. Muy al contrario de los metafísicos, no cree en la existencia de un orden jurídico internacional de valor abstracto y absoluto que esté impuesto por la naturaleza de las cosas y tampoco cree que sea constante. Está convencido de que el orden público internacional no es más que la superestructura de la comunidad internacional y es resultado de la evolución de la sociedad internacional, y que es el mínimo de normas de conducta necesario para que las relaciones internacionales sean posibles.

34. Coincide plenamente con el Sr. Ago, aunque su razonamiento sea diferente, en que el *jus cogens* no emana necesariamente de las Naciones Unidas; la Carta ha dado expresión a determinadas ideas que aparecieron simultáneamente con varias posibilidades nuevas. En cada edad, cada comunidad internacional tiene su orden público, sus normas perentorias. Las normas cambian continuamente; la Carta no constituye el final de un proceso de evolución, sino sólo una etapa de ese proceso.

35. En cuanto a lo que erróneamente se ha calificado de efecto retroactivo de las normas perentorias, también comparte la opinión del Sr. Ago. Las nuevas normas de orden público son aplicables desde el momento de su aceptación y producen efectos inmediatos sobre los tratados concluidos con anterioridad. Si así no ocurriera, sería imposible el progreso. En la Conferencia del Danubio de 1948, por ejemplo, los representantes de ciertos Estados plantearon la cuestión de los derechos adquiridos¹. Por otra parte, se proclamaron en la Conferencia los dos grandes principios, a saber, el derecho de los Estados ribereños a administrar por sí mismos la ruta fluvial internacional y la igualdad de pabellones en la navegación². El problema queda fuera del campo del presente debate, pero es pertinente señalar que los derechos adquiridos de conformidad con tratados preexistentes son válidos mientras subsiste el orden dentro del que fueron concluidos esos tratados; si el orden cambia, hay que modificar o poner fin a los llamados derechos adquiridos. En tal caso y siempre que el cambio sea debido a evolución y no a revolución, todos los juristas convienen en que debe mantenerse el orden existente hasta que se produzcan cambios radicales y haya de haber un período de ajuste, con medidas transitorias destinadas a facilitar el paso de un régimen al otro.

36. Por lo que se refiere a la obligatoriedad de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (y de los organismos especializados, que a veces tienen un carácter imperativo más claro), distingue, al igual que el Sr. Yasseen, entre obligatoriedad formal y obligatoriedad substantiva. Acepta en principio que dichas resoluciones no tienen obligatoriedad formal de carácter imperativo. Pero algunas resoluciones, como las referentes a cuestiones de organización interna, tienen efectos inmediatos para los Estados Miembros e incluso para otros Estados, mientras que algunas veces las resoluciones introducen normas que ulteriormente llegan a ser generales. Por ejemplo, algunas resoluciones aprobadas por recomendación de la Quinta Comisión han creado normas que han pasado a ser el derecho de la organización.

37. Las reglas de procedimiento de las conferencias internacionales, aunque ostensiblemente se refieren al procedimiento, de hecho regulan determinadas relaciones de derecho substantivo entre Estados. Las resoluciones de los organismos internacionales no son siempre fuente directa del derecho internacional; pero, como el Sr. Yasseen ha dicho, expresan un estado de opinión. Si van seguidas de una práctica frecuente y continua, engendran un nuevo concepto. De ese modo, la asistencia técnica, por ejemplo, que no se nombra en ninguna parte de la Carta, se ha convertido en una institución; se han establecido relaciones de cierto tipo entre los Estados contribuyentes y los beneficiarios, no solamente dentro del marco de las actividades de las Naciones Unidas sino también bilateralmente, como resultado de las muchas resoluciones que gra-

¹ Conférence Danubienne, Belgrade, 1948, Ministère des Affaires Étrangères, Procès-verbaux des séances plénières.

² *Ibid.*, Convention relative au régime de la navigation sur le Danube, pág. 373, artículo 1 y pág. 379, artículo 26.

dualmente han elaborado y modificado esas relaciones. Otras resoluciones anuncian el nacimiento de un concepto jurídico; otras confirman una norma existente. En consecuencia, las resoluciones aprobadas por organismos internacionales no son desdeñables como fuentes de derecho internacional, aun cuando su valor a ese respecto no sea oficialmente reconocido en todos los casos.

38. El PRESIDENTE dice que la Comisión ha celebrado un interesante debate, de utilidad para todos los juristas, sobre varias cuestiones, entre ellas los efectos de las resoluciones de la Asamblea General; sin embargo, es su deber señalar que la cuestión no tiene relación directa con el artículo que se examina.

39. El Sr. de LUNA dice que, aunque procede de una escuela filosófica totalmente diferente, está casi siempre de acuerdo con el Sr. Bartoš, cuyo profundo conocimiento de la técnica jurídica, así como de la teoría y de la práctica, admira profundamente. Sólo ha querido decir que el Sr. Bartoš ha dado la verdadera definición de *jus cogens* al señalar que constituye el mínimo esquema jurídico que la comunidad internacional considera indispensable para su existencia en un momento determinado; eso es lo que el Sr. Bartoš acaba de decir de nuevo.

40. Si bien se ha referido especialmente a ciertas normas de *jus cogens*, no pretende en modo alguno que no existan otras normas derivadas de la costumbre o del derecho contractual, además de las que ha mencionado, que no tienen su origen en la voluntad de los Estados.

41. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que parece existir acuerdo general sobre el concepto que ha de figurar en el artículo 13, pero el problema radica en la manera de expresarlo. Ha utilizado la expresión «*jus cogens*» que tiene la ventaja de la brevedad y de figurar en las obras de algunos tratadistas que, si bien escasos en número, son de gran autoridad. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión han criticado la expresión alegando que no están suficientemente familiarizados con ella los internacionalistas, especialmente en determinados países; y que podría prestarse a interpretaciones diferentes. Esa crítica puede aplicarse aún con mayor fundamento a la expresión «orden público internacional»; personalmente no le han impresionado mucho esas objeciones y estima que la expresión *jus cogens* podría al menos emplearse convenientemente en el comentario. Para las referencias que deben figurar en los artículos mismos, una vez formulado el principio del *jus cogens*, sería posible mencionar la norma establecida en el artículo 13.

42. Por lo que se refiere al texto del artículo 13, el criterio de la Comisión parece ser que la definición del apartado c) del párrafo 3 del artículo 1 debería pasar en forma abreviada al párrafo 1 del artículo 13.

43. Algunas de las modificaciones de redacción sugeridas entrañan cuestiones de fondo. Por ejemplo, el Sr. Ago cree que la noción de infracción debe suprimirse, y aunque los relatores especiales anteriores y determinados autores han tratado la cuestión bajo el epígrafe de la ilicitud, él ha llegado ahora a la conclusión de que

la norma ha de enunciarse diciendo simplemente que un tratado es nulo si está en contradicción con una norma general de derecho internacional cuyo cumplimiento no admita excepciones.

44. Se han manifestado ligeras diferencias de opinión en cuanto a si han de mencionarse tanto las normas generales como los principios. Ha mencionado ambos porque la Corte Internacional en algunas de sus decisiones se ha referido a cuestiones que parece más natural denominar principios en vez de normas, por ejemplo, al hablar de consideraciones humanitarias en el fallo referente al asunto del *Canal de Corfú*. No tiene ninguna opinión definitiva sobre la conveniencia de utilizar la frase doble o solamente la palabra «normas» y este punto podría remitirse al Comité de Redacción. No cree que existan grandes discrepancias entre los miembros en cuanto al fondo de la cuestión. Las discrepancias se refieren únicamente a sus opiniones sobre las fuentes del derecho internacional. Por su parte, al hablar de un «principio» como, por ejemplo, de un principio humanitario, que posee carácter de *jus cogens*, lo hace basándose en que debe considerarse como un principio aceptado como norma de derecho positivo.

45. La enmienda del Sr. Pal al párrafo 1 no le parece aceptable, porque limitaría el alcance de la disposición. No todas las normas de *jus cogens* están recogidas en la Carta, ni todas las normas establecidas en la Carta figuran como normas que tienen carácter de *jus cogens*.

46. Al igual que la mayoría de los miembros, considera que el artículo 13 debe figurar en la sección referente a la validez esencial. Expresa sus dudas acerca de que el proyecto resultara más aceptable si se concediera mayor importancia al artículo colocándolo al principio. El concepto que se trata de enunciar en el artículo no es nuevo, pero quizá los hombres de Estado no estén muy familiarizados con el mismo y no lo comprendan fácilmente, de subrayarlo demasiado.

47. Está de acuerdo con el Sr. Rosenne y con el Sr. Ago sobre la cuestión del efecto retroactivo. Al redactar el artículo ha partido de la base de que será aplicable lo que se denomina derecho intertemporal. En otras palabras, todos los tratados estarán comprendidos en tal disposición y la aparición de una nueva norma de *jus cogens* atañerá a todos los tratados preexistentes que no sean compatibles con ella por no ser ya posible cumplirlos; pero no se invalidará la ejecución de esos tratados en el pasado. Ha intentado abordar esa cuestión separadamente en el artículo 21, que figura en la sección III (A/CN.4/156/Add.1). Los convenios del pasado siglo sobre la regulación del comercio de esclavos son un ejemplo evidente de tratados válidos en el momento de su celebración pero que con posterioridad resultan nulos por la creación de una nueva norma de derecho internacional que prohíbe completamente el comercio de esclavos.

48. En respuesta a las observaciones formuladas sobre el párrafo 2 del artículo 13, explica que la finalidad de los ejemplos, en todos los cuales figura un elemento delictivo, es indicar qué tipos de principios jurídicos están comprendidos en el concepto de *jus cogens*. El artículo impone limitaciones a la libertad de los Estados

para concluir tratados y, por ello, deben examinarlo con máximo cuidado. Por consiguiente, parece importante aclarar que no todos los llamados principios fundamentales del derecho internacional caen dentro de estas limitaciones. Los Estados pueden, mediante acuerdo, apartarse libremente de muchas de estas normas, No obstante, el Sr. Bartoš ha señalado acertadamente que deben también considerarse otros principios que no suponen la comisión de un delito internacional, y él no ha pretendido excluirlos. Por otra parte, no cree que sea aconsejable intentar la codificación de las distintas categorías de *jus cogens*. Una posibilidad de ampliar la enumeración de ejemplos en este sentido podría consistir en suprimir totalmente el párrafo y tratar la cuestión en el comentario. Se inclina a seguir esta última solución, tanto más cuanto que el pleno alcance del *jus cogens* sólo estaría determinado en última instancia por la práctica, las decisiones de los tribunales internacionales y las declaraciones de los órganos políticos. La decisión que se adopte sobre el mantenimiento del párrafo 2, aunque entraña una cuestión de fondo, dependerá en parte de consideraciones de forma y puede encomendarse en el momento actual al Comité de Redacción.

49. En cuanto al párrafo 3, la opinión se halla un tanto dividida, ya que algunos miembros propugnan la supresión, alegando que el permitir la disyunción de las cláusulas para mantener la validez del tratado quizá parezca llevar implícita la aprobación de un tratado que se halle en conflicto con el *jus cogens*. Como ya explicó cuando presentó el artículo, ha insertado una disposición sobre disyunción en el contexto del artículo 13, con el fin de llamar la atención sobre el hecho de que las consideraciones aplicadas aquí difieren de las aplicadas en el caso de error. La Comisión no debería adoptar demasiado precipitadamente una decisión sobre denegatoria de la posibilidad de disyunción en el primer caso. La escasa práctica y la poca orientación judicial que existen con respecto a la disyunción están relacionadas con algo aproximado al *jus cogens*. Cita los comentarios hechos en la Corte Internacional de Justicia en el asunto de *Ciertos Préstamos Noruegos*¹, sobre las llamadas reservas automáticas que algunos magistrados creían contrarias al Estatuto de la Corte. Sin entrar en la cuestión hasta qué punto puede considerarse el Estatuto como *jus cogens*, está muy claro que la Corte lo consideraba como *jus cogens* respecto de las partes. Algunos magistrados consideraban permisible la disyunción, mientras que otros opinaban en sentido contrario. Así pues, el párrafo 3 plantea un auténtico problema, aunque se trata de un problema que puede aplazarse hasta que la Comisión aborde el estudio del artículo 26, en la sección IV.

50. El párrafo 4 no ha originado desacuerdo alguno importante y puede confiarse al Comité de Redacción que decida si la cuestión puede quedar comprendida o no en el párrafo 1.

51. Las referencias hechas en el debate a la eficacia jurídica de las resoluciones de la Asamblea General no guardan relación directa con el problema y el orador no ve

ventaja alguna en seguir el estudio de la cuestión, sobre la cual su propia opinión no difiere en mucho de la expuesta por el Sr. Bartoš. Es necesario hacer una distinción entre los diversos tipos de resolución de acuerdo con la diversidad de circunstancias en que se producen.

52. El PRESIDENTE sugiere que, como se ha llegado a un acuerdo, en líneas generales, sobre el fondo del artículo 13, puede ahora remitirse al Comité de Redacción; y la Comisión pasará a examinar el artículo 14.

Así queda acordado.

ARTÍCULO 14 (CONFLICTO CON UN TRATADO ANTERIOR)

53. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, presenta el artículo 14 y dice que el problema del conflicto entre tratados es complejo, como apreciará quien lea los informes presentados por su predecesor, Sir Gerald Fitzmaurice, o su propio comentario. Los miembros de la Comisión advertirán en los párrafos 1 y 2 que ha llegado a una conclusión opuesta a la de Sir Gerald Fitzmaurice y Sir Herch Lauterpacht, que han sostenido que en ciertos casos la invalidez puede provenir de un mero conflicto con un tratado anterior; y podrían preguntarse por tanto, por qué ha colocado el artículo 14 en la sección II. La razón que le ha movido a ello es que la cuestión había sido estudiada, al tratar de la validez esencial, por McNair en su *Derecho de los Tratados*, así como por Rousseau² y por los Relatores Especiales que le han precedido, aunque cada uno de ellos ha admitido que en algunos casos el problema radica en una relativa prioridad, más que en la validez. De aceptarse su tesis general, en los párrafos 1 y 2, junto con las disposiciones especiales establecidas en el párrafo 3, es decir, que el mero conflicto entre tratados no suscita el problema de la nulidad sino más bien de la prioridad, quizá estaría justificado trasladar el artículo a otra sección. Es cierto que tiene conexiones evidentes con el artículo 19, que se ocupa de la extinción implícita por celebración de un tratado ulterior. Todavía no se ha formado una opinión definitiva por lo que respecta al lugar apropiado para el artículo 14; y desea, para llegar a formársela, conocer el criterio de la Comisión.

54. El problema general de que se ocupa el artículo 14 tiene cierta importancia para la cuestión de una mayor participación en tratados multilaterales generales concertados bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones, cuyo ulterior estudio ha encomendado la Asamblea General a la Comisión.

55. El Sr. CASTREN dice que la Comisión se encuentra de nuevo ante un problema difícil, respecto del cual las teorías son diversas, problema que el anterior Relator Especial trató con gran cautela. Por ello, la Comisión debe buscar orientación en la práctica y, sobre todo, en la jurisprudencia de la Corte Internacional, que es el órgano más competente en esta materia. Esto es lo que ha hecho el actual Relator Especial. El artículo 14 de su proyecto es sencillo y claro; las disposiciones propuestas son aplicables, juiciosas y prudentes.

¹ *I.C.J. Reports, 1957, Judgment of 6 July 1957.*

² Rousseau, C., *Principes généraux de droit international public.*

56. El Relator Especial ha subrayado con razón que a la Comisión no se le ha pedido que interprete la Carta de las Naciones Unidas, y ha seguido un criterio correcto al decir que un tratado que está en conflicto con otro anterior no debe ser declarado nulo; a lo sumo, el proyecto debe especificar, sin prejuzgar la cuestión de la responsabilidad, cuál de los dos tratados ha de prevalecer. Como ha dicho el Relator Especial en su comentario, hay varias clases de tratados, regidos por normas diferentes. Ahora bien, a veces sucede que un solo tratado contiene diferentes tipos de elementos, con lo que se complica el problema. El anterior Relator Especial distinguió una categoría de tratados que, en caso de conflicto, debe prevalecer sobre los otros. Lo mismo que el actual Relator Especial, el orador estima que el concepto de *jus cogens*, o un concepto equivalente, debe servir de criterio para decidir que ciertos tratados tienen prioridad absoluta; tal es la finalidad del párrafo 4 del artículo 14. Las excepciones previstas en el párrafo 3 son también necesarias.

57. La única disposición del artículo 14 que no considera plenamente aceptable es la que figura en el inciso ii) del apartado b) del párrafo 2, en virtud de la cual la eficacia del segundo tratado puede ser impugnada no sólo por un Estado que es parte únicamente en dicho segundo tratado, sino también por un Estado que es parte en ambos tratados en conflicto. Sin duda, este caso es raro en la práctica, aunque desde el punto de vista teórico cabe estimar que ese derecho no debe concederse a tal Estado.

58. El Sr. BRIGGS dice que el comentario del Relator Especial sobre el artículo 14 es sumamente ilustrativo y demuestra de modo convincente que un conflicto con un tratado anterior no plantea cuestiones importantes sobre su validez. Los casos a que se hace referencia en los párrafos 1, 2 y 3 entrañan limitaciones de la capacidad o establecen el principio de la prioridad. Por ello, la sugestión del Relator Especial, de que la cuestión del conflicto de obligaciones se trate en una sección aparte, es quizá la mejor solución, en cuyo caso tal vez deba aplazarse el estudio del artículo 14 y redactarse de nuevo para su examen en una etapa ulterior.

59. El Sr. ROSENNE dice que comparte la opinión expuesta por el Sr. Briggs, pero iría más lejos que el Relator Especial, que a su juicio se inclina por refundir partes de los artículos 14 y 19 en una sección especial, e insiste en que el artículo 14 pertenece a una parte totalmente distinta del proyecto, es decir, la que ha de dedicarse a la aplicación de los tratados. Quizá convenga pedir al Relator Especial que considere de nuevo toda la cuestión desde este punto de vista.

60. Apoya la conclusión general a que ha llegado el Relator Especial en su comentario.

61. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que, si la Comisión acepta los argumentos por él aducidos en su comentario, podría pedirle, previa consulta con el Comité de Redacción, que exprese su opinión sobre la forma en que debe tratarse la cuestión del artículo 14.

62. El Sr. TUNKIN dice que la Comisión necesita tiempo para reflexionar sobre el complejo problema de que se ocupa el artículo 14; no debería tomarse ninguna decisión apresurada.

63. El Sr. PAL no cree que la cuestión de los conflictos entre tratados pertenezca a la sección II. Está de acuerdo con el Sr. Tunkin en que no puede adoptarse una decisión inmediata al respecto.

64. El Sr. AMADO dice que el Relator Especial tiene, sin duda, fundados motivos para colocar el artículo 14 en la sección que trata de la validez esencial. Además, en la mayor parte de los manuales, el conflicto de los tratados se estudia inmediatamente después de su validez. Abriga la esperanza de que la Comisión aprovechará la oportunidad de arrojar nueva luz sobre una cuestión que, como ya observó el orador en la sesión anterior, está estrechamente vinculada con la de la licitud del objeto de los tratados.

65. El Sr. ROSENNE manifiesta que desea retirar el comentario que ha hecho relativo a la segunda guerra mundial (párr. 10 supra.) que es resultado de un malentendido en torno a la declaración formulada por el Sr. Tunkin durante la 682.^a sesión.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

686.^a SESION

Viernes 24 de mayo de 1963, a las 10 horas

Presidente: Sr. Eduardo JIMÉNEZ de ARÉCHAGA

Responsabilidad de los Estados Informe de la Subcomisión (A/CN.4/152) [Tema 3 del programa]

1. El PRESIDENTE declara abierto el debate sobre el tema 3 del programa e invita al Presidente de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados a presentar el informe de la Subcomisión (A/CN.4/152).

2. El Sr. AGO, Presidente de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados, resume los trabajos de la Subcomisión y señala especialmente las conclusiones que figuran en el párrafo 5 y el programa de trabajo propuesto en el párrafo 6 del informe (A/CN.4/152). En la cuarta línea de la página 3 del texto francés la palabra « *manière* » debe sustituirse por la palabra « *matière* », se trata únicamente de una errata, pero cambia el sentido de la frase. Los debates de la Subcomisión se desarrollaron con excelente ánimo de cooperación; sus conclusiones y recomendaciones, que son positivas, se aprobaron por unanimidad; y hay motivos para que la Subcomisión esté muy satisfecha de la experiencia obtenida en la labor preparatoria efectuada acerca de una cuestión especialmente delicada.

3. El Sr. ROSENNE elogia la labor del Presidente y de los miembros de la Subcomisión y dice que es evidente