

55. Llegará un día en que la presión económica será incluida en la noción de amenaza y uso de la fuerza, pero lo lograrán la práctica de los Estados y la jurisprudencia de tribunales internacionales mediante interpretación.

56. El PRESIDENTE, interviniendo como miembro de la Comisión, está convencido de que el artículo 36 según fue adoptado en 1963, incluso si no abarca todas las situaciones, enuncia una norma general que favorece el desarrollo progresivo del derecho internacional.

57. Indudablemente hubiera sido bueno redactar una disposición más detallada. Pero tal y como está, el artículo responde a la situación actual y al mismo tiempo abre perspectivas para el porvenir. Por consiguiente, es partidario de mantener invariable el texto de 1963. Los Estados han aceptado la idea básica del artículo 36. La Comisión no puede retroceder, pero al intentar ir aún más lejos se expondría a dar involuntariamente un paso hacia atrás.

58. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, observa que en general la Comisión es partidaria del texto de 1963, en el que se enuncia la norma en términos sucintos. Por consiguiente, retira la enmienda de forma que propuso atendiendo la observación del Gobierno de Israel. A su juicio, el texto de 1963 ya responde a ella. Desde luego, cabe sostener que en ese texto hay una pequeña laguna jurídica, y también que es demasiado amplio, lo cual haría nulo todo un tratado si ulteriormente se consiguiese un acto de participación en él mediante la amenaza o el uso de la fuerza.

59. Está de acuerdo con el Sr. Ago en que es importante obtener el mayor apoyo posible para ese artículo que, según se ha subrayado, permite la evolución del derecho en las Naciones Unidas en esa materia.

60. Aprueba las observaciones del Sr. Tunkin sobre el tratado de paz impuesto a un Estado agresor, tratado que no implicaría violación de la Carta de las Naciones Unidas y por lo tanto no sería inválido conforme al artículo 36. Ese detalle ha quedado precisado en el párrafo 7 de sus propias observaciones al artículo 36, que a la sazón llevaba el número 12, y cuyo título era «Obtención del consentimiento para un tratado recurriendo ilícitamente al uso o a la amenaza de la fuerza». En dicho párrafo subrayó que «hay una gran diferencia entre la coacción que utiliza un agresor para consolidar en un tratado los frutos de su agresión y la que se ejerce para imponer un arreglo de paz a un agresor»¹⁰. Sugiere que en el comentario definitivo al artículo 36 se incluya un pasaje en esos términos.

61. Comparte el parecer del Sr. Briggs acerca de la decisión por una jurisdicción independiente, pero no cree que sea oportuno volver sobre el problema a propósito de cada artículo. Los aspectos procesales de todos los artículos de la sección actualmente examinada están tratados en el artículo 51. Cuando la Comisión pase a examinar este último, el orador dará su parecer sobre las observaciones formuladas por los gobiernos

al respecto. En conjunto, se inclina a aceptar el punto de vista que ha expuesto el Sr. Rosenne y duda de que a estas alturas sea posible ir más allá de lo expresado en el artículo 51 según fue redactado en 1963.

62. Sugiere que se remita el artículo 36 al Comité de Redacción junto con las observaciones formuladas en el debate. Tiene la firme impresión de que respecto de esta importantísima norma la Comisión desea atenerse a la breve declaración lapidaria adoptada tras un largo debate en 1963.

63. El PRESIDENTE dice que, de no haber más observaciones, entenderá que la Comisión está de acuerdo en remitir el artículo 36 al Comité de Redacción como ha sugerido el Relator Especial.

*Así queda acordado*¹¹.

Se levanta la sesión a las 17.45 horas.

¹¹ Véase reanudación del debate en los párrs. 48 a 119 de la 840.ª sesión.

828.ª SESIÓN

Martes 11 de enero de 1966, a las 10 horas

Presidente: Sr. Milan BARTOŠ

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Bedjaoui, Sr. Briggs, Sr. Cadioux, Sr. Castrén, Sr. de Luna, Sr. Pessou, Sr. Rosenne, Sr. Tunkin, Sr. Verdross, Sir Humphrey Waldock y Sr. Yasseen.

También presente: Sr. Golsong, Observador del Comité Europeo de Cooperación Jurídica del Consejo de Europa.

Colaboración con otros organismos

[Tema 7 del programa]

(reanudación del debate de la sesión anterior)

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Golsong, Observador designado por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica del Consejo de Europa, que es la tercera organización internacional regional que entabla relaciones de trabajo con la Comisión, a tomar la palabra.

2. El Sr. GOLSONG, en nombre del Consejo de Europa y del Comité Europeo, agradece a la Comisión su decisión de establecer relaciones con Estrasburgo y también la cordial acogida que le ha dispensado. Está convencido de que la colaboración entre la Comisión y el Comité Europeo contribuirá al mejoramiento del orden jurídico internacional¹.

¹⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, pág. 60.*

¹ Véase declaración del Sr. Golsong en la 830.ª sesión.

Derecho de los tratados

(A/CN.4/183 y Add.1 a 3; A/CN.4/L.107)

[Tema 2 del programa]

(reanudación del debate de la sesión anterior)

ARTÍCULO 37 [Tratados incompatibles con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)]

Artículo 37

Tratados incompatibles con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)

Será nulo todo tratado que fuere incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general que no admitiere excepción alguna y que sólo pudiere ser modificada por una nueva norma de derecho internacional general que tuviere el mismo carácter. (A/CN.4/L.107, pág. 34.)

3. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el artículo 37. Como puede verse en el párrafo 7 de las observaciones del Relator Especial, éste sugiere que se revise la frase inicial del artículo de modo que diga:

«Será nulo *ab initio* todo tratado que, al tiempo de celebrarse, sea incompatible...» (A/CN.4/183/Add.1, página 27.)

4. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que el artículo 37 ha sido objeto de considerable atención por parte de los gobiernos; la mayoría de ellos lo aprueban en principio, pero algunos expresan dudas en cuanto a la forma en que se aplicaría en defecto de una jurisdicción obligatoria independiente.

5. Las principales observaciones formuladas se refieren al problema del factor tiempo para la aplicación del artículo. Desde luego, conviene leerlo en relación con el artículo 45 que trata de la ulterior superveniencia de una nueva norma de *jus cogens*. El Gobierno de los Estados Unidos parece interpretar el artículo 37 en el sentido de que puede tener efectos retroactivos, pero el orador duda de que quepa tal interpretación si se tiene presente el artículo 45. A fin de destacar la estrecha relación existente entre los dos artículos, ha propuesto que en la primera línea del artículo 37 se inserten las palabras «al tiempo de celebrarse» antes de las palabras «sea incompatible».

6. Retira su propuesta de insertar las palabras «*ab initio*» porque, después de haber reflexionado, no cree que convenga distinguir entre los diversos casos de nulidad.

7. El Sr. VERDROSS dice que después de la primera parte del actual período de sesiones tuvo conocimiento de dos artículos en que el Profesor Schwarzenberger atacaba vivamente el texto del artículo 37 adoptado por la Comisión. En respuesta a ese ataque, el orador acaba de publicar un artículo en el que ha hecho constar que lo escribía bajo su exclusiva responsabilidad y sin haber consultado a los demás miembros de la Comisión².

8. El Profesor Schwarzenberger admitía la posibilidad de crear normas de *jus cogens* por tratado bilateral o multilateral, pero negaba que existan tales normas en derecho internacional general. Negaba asimismo que tales normas emanen de la Carta, puesto que ésta no es un tratado universalmente obligatorio sino sólo un instrumento concertado entre muchos Estados. Por último, sostenía que el artículo 37 podía dar lugar a abusos puesto que no hay jurisdicción internacional competente para decidir si existe o no el *jus cogens*.

9. Es alentador que casi todos los gobiernos hayan aceptado el principio básico del artículo 37. Sin embargo, se pregunta si no convendría que la Comisión diese en el comentario indicaciones sobre las normas que considera de *jus cogens*. Un cuidadoso estudio de las actas resumidas de los debates celebrados en primera lectura revela claramente que algunas normas de derecho internacional rigen los intereses recíprocos de los Estados, mientras que otras se refieren a los intereses de la comunidad internacional, es decir, a los de toda la humanidad; las primeras son de *jus dispositivum* y las segundas de *jus cogens*.

10. El Sr. CASTRÉN se congratula de que casi todos los gobiernos que han presentado observaciones sobre el artículo 37 aprueben la actitud que la Comisión ha adoptado respecto al concepto de *jus cogens*. Las dudas expresadas por algunos gobiernos acerca de la utilidad de este artículo y la posibilidad de aplicarlo habrán de quedar disipadas por las amplias explicaciones del Relator Especial en su informe.

11. En cuanto a la redacción del artículo, la observación del Gobierno de los Países Bajos está justificada (A/CN.4/183/Add.1, pág. 17). Las palabras «una norma imperativa de derecho internacional general que no admitiere excepción alguna» son en efecto pleonásticas. Está de acuerdo con el Relator Especial en que la expresión «norma imperativa» no basta para caracterizar la norma como perteneciente al *jus cogens*. Para evitar el pleonismo bastaría suprimir del texto la palabra «imperativa» manteniéndola sin embargo en el título, ya que una norma de derecho internacional general que no admita excepción alguna es en realidad una norma imperativa.

12. No está seguro de que las adiciones que el Relator Especial propone para el texto de 1963 a fin de hacerlo más preciso y de dar satisfacción a algunos gobiernos sean necesarias o lo mejoren. Si se concierta un tratado cuyas disposiciones son incompatibles con el *jus cogens*, parece evidente que el instrumento será nulo *ab initio*. La fórmula es superflua y el Relator Especial tiene razón en retirarla.

13. Las palabras «al tiempo de celebrarse» dan la impresión de que las nuevas normas de *jus cogens* no afectan a la validez del tratado, lo que estaría en contradicción con lo dispuesto en el artículo 45. Comprende que si el Relator Especial sugiere esa modificación es por subrayar la diferencia entre el artículo 37 y el artículo 45, que hay que considerar conjuntamente; sin embargo, quizá se pudieran combinar esos dos artículos, que enfocan la misma cuestión desde puntos de vista

² «Jus dispositivum and jus cogens in International Law», *American Journal of International Law*, enero de 1966, pág. 55.

distintos, o en todo caso hacer referencia al artículo 45 en el artículo 37.

14. El Sr. AGO advierte con satisfacción que la mayoría de los gobiernos aprueban el texto de la Comisión. Le sorprenden sin embargo ciertas opiniones y críticas con las que demuestran que no han leído o comprendido bien el comentario. Por supuesto, éste está llamado a desaparecer pero desempeña un papel capital en la etapa de la codificación.

15. No comprende que se pueda decir que la introducción de *jus cogens* suscite la cuestión del conflicto de normas resultantes de tratados sucesivos; los miembros han explicado en sus declaraciones, y la Comisión ha señalado en el comentario, que la norma de *jus cogens* no puede ser sino una norma de derecho internacional general. Incluso si la norma de *jus cogens* proviene de un tratado, no es éste el que le da su carácter; es que aun cuando se derive del tratado o se exprese en él, es ya una norma de derecho internacional general.

16. Esta observación responde también a ciertas críticas formuladas por un autor que se ha ocupado del asunto y que, si hubiera leído con atención el comentario y las actas, probablemente no hubiera hecho su objeción a la Carta de las Naciones Unidas. Es cierto que la Carta es un tratado pero la Comisión no considera que todas las normas enunciadas en ella sean de *jus cogens*. Algunas lo son por ser normas de derecho internacional general, válidas también por lo tanto para los Estados no miembros.

17. Algunos gobiernos reprochan a la Comisión no haber citado ejemplos de tratados incompatibles con normas de *jus cogens*, cuando en realidad ha citado tres³, señalando que no son los únicos. Otro caso típico es el de los tratados de alianza ofensiva, bastante frecuentes en el siglo XIX; tal alianza sería actualmente nula por constituir una patente violación del *jus cogens*.

18. Otros gobiernos han preguntado si la nulidad de un tratado puede ser alegada sólo por las partes o también por terceros Estados. A esto el orador responde que un tratado incompatible con el *jus cogens* es nulo y que cualquier Estado puede invocar la nulidad absoluta.

19. La Comisión debería subrayar de nuevo en su comentario lo que ya dejó claramente establecido en 1963. Agradece al Sr. Verdross los trabajos que ha hecho a título personal. Entiende que debe mantenerse el texto de 1963. No es necesario hacer en él las modificaciones propuestas por el Relator Especial, porque si se lee el artículo 37 en relación con el artículo 45 se aprecia inmediatamente el sistema que la Comisión quiere establecer.

20. El Sr. ROSENNE dice que el artículo 37 es resultado de largos y arduos debates en la Comisión y en el Comité de Redacción; le ha complacido observar que, a juicio de la delegación del Uruguay en la Sexta Comisión, es sumamente significativo que la Comisión, compuesta por juristas representantes de muchos sistemas

jurídicos, haya decidido incluir un principio tan vital en una convención multilateral sobre el derecho de los tratados. No le impresionan las críticas de Schwarzenberger, cuyas conclusiones son inevitables dado su punto de partida, sumamente discutible. A la larga, el artículo 37 puede resultar tan importante para el desarrollo del derecho internacional como el apartado c del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1920⁴.

21. Deplora que en su 15.º período de sesiones la Comisión decidiera omitir en el comentario toda referencia al orden público internacional por considerarlo problema muy discutido, y pregunta a los miembros que así opinaron si estarían dispuestos ahora a cambiar su actitud y a permitir al menos que se reintroduzca una referencia al respecto en el comentario, a fin de dirigir la atención hacia los fundamentos del artículo 37.

22. El artículo 37 puede seguir tal y como se aprobó en el 15.º período de sesiones, con un texto lo más conciso posible. En cuanto al problema del factor tiempo en la aplicación del artículo, sería preferible analizarlo en el comentario.

23. El Sr. TUNKIN recuerda que, en su 15.º período de sesiones, la Comisión examinó detenidamente el tema del artículo 37 y llegó a la importante conclusión de que las normas de *jus cogens* forman parte del derecho internacional contemporáneo. No es preciso examinar de nuevo todos los aspectos del problema, teniendo en cuenta que la mayoría de los gobiernos han manifestado que aceptan el artículo y han destacado su importancia.

24. Comparte hasta cierto punto la opinión del Sr. Castrén acerca del cambio de forma propuesto por el Relator Especial. La expresión «que al tiempo de celebrarse» no es una mejora ni es necesaria si, como es indispensable, el artículo 37 se lee en relación con el artículo 45. Además, si dicho cambio se introduce en el artículo 37 y éste se lee aisladamente, puede inferirse de un modo erróneo que el tratado sólo será nulo si es incompatible con una norma de *jus cogens* existente al tiempo de celebrarse. No le cabe duda de que es preferible el texto original del artículo 37. La idea de que el tratado será nulo *ab initio* se halla ya implícita en dicho texto.

25. La noción del orden público internacional es sumamente controvertida y corresponde más a la teoría que a la práctica. Algunos autores lo consideran como una especie de derecho natural impuesto a los Estados. A juicio del orador, las normas con carácter de *jus cogens* emanan del acuerdo entre los Estados igual que todas las demás normas de derecho internacional. No hay por qué mencionar en el comentario una cuestión sobre la cual es tan profundo el desacuerdo.

³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, pág. 233.

⁴ «La Corte deberá aplicar... los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.» Las disposiciones correspondientes del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 38) rezan: «La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar... los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.»

26. El Sr. YASSEEN dice que el concepto de *jus cogens* en derecho internacional es irrefutable y no debería discutirse. Ningún especialista en derecho internacional puede ya poner en duda la imposibilidad de que dos Estados concierten un acuerdo para instituir la esclavitud o permitir la piratería, y que todo acuerdo formalmente celebrado con tal finalidad no puede ser sino nulo. Esos ejemplos demuestran la existencia de un *jus cogens* al que los Estados no pueden sustraerse ni siquiera por mutuo acuerdo.

27. Es efectivamente difícil determinar qué normas de derecho internacional son de *jus cogens*, como lo es también en derecho interno, en el que no es fácil definir la noción de orden público puesto que es relativa en el tiempo y en el espacio.

28. Se ha objetado al artículo 37 que en el orden jurídico internacional no hay ninguna autoridad capaz de decidir sobre la existencia de normas de *jus cogens*. Pero esa objeción es aplicable no sólo al *jus cogens* sino también a casi todo el derecho internacional. Conviene distinguir dos aspectos del orden jurídico internacional: el normativo y el institucional. Este último se encuentra aún en sus primeras etapas, pero ello no debe influir en la evolución normativa. Al preparar una convención general sobre el derecho de los tratados, hay que tener presente esta realidad: el *jus cogens* existe y hay normas de derecho internacional a las que los Estados no pueden sustraerse.

29. La incompatibilidad del tratado con el *jus cogens* plantea el problema del orden jerárquico de las normas en el orden jurídico internacional. Contrariamente a lo que en principio ocurre en derecho interno, dicho orden jerárquico no puede determinarse con arreglo a un criterio formalista que descansa en la autoridad de que emana la norma jurídica. Es por tanto preciso aplicar un criterio objetivo basado en el contenido de la norma y en su valor intrínseco. A su juicio, una norma de *jus cogens* es una norma general indispensable para la vida internacional y profundamente arraigada en la conciencia internacional.

30. Es interesante observar que los Estados que han presentado observaciones han aceptado unánimemente la idea básica del artículo 37. Personalmente, prefiere el texto original por las mismas razones que han expuesto otros oradores y porque el artículo 37 sólo puede leerse en relación con el artículo 45, que trata de otro aspecto del mismo problema.

31. El Sr. de LUNA señala que en ningún orden jurídico es ilimitada la autonomía de la voluntad del sujeto; si lo fuera, ello supondría la negación del propio orden jurídico. Durante largo tiempo los positivistas sostuvieron que el bien común coincidía con el triunfo de los fuertes a expensas de los débiles y afirmaron que debía respetarse el derecho adquirido a explotar a los demás. En aquella época no había límites a la voluntad de una gran Potencia. Pero ya en los tiempos de la Corte Permanente de Justicia Internacional, con ocasión del asunto Oscar Chinn⁵, el jurista alemán Schucking destacó

en su opinión disidente que la Sociedad de las Naciones no habría emprendido la codificación del derecho internacional si fuera imposible crear un *jus cogens* para que, una vez que los Estados hubieran aceptado ciertas normas jurídicas y prometido que no serían alteradas por sólo algunos de ellos, todo acto que significase un rompimiento de dicha promesa fuera automáticamente nulo. Lord McNair escribió a este respecto lo siguiente: «Es difícil imaginar una sociedad, sea de individuos o de Estados, cuyo ordenamiento jurídico no limite de algún modo la libertad de pactar. En toda comunidad civilizada existen normas jurídicas y principios morales que la ley no permite a los individuos desconocer ni modificar por sus acuerdos»⁶.

32. Personalmente, concibe el *jus cogens*, sin el cual no puede haber orden jurídico, no como derecho natural sino como derecho positivo internacional. Sin duda es difícil de definir en la práctica, pero esas dificultades no son exclusivas del *jus cogens* sino comunes a todo el derecho internacional.

33. Son ejemplos de las limitaciones en cuanto al objeto del tratado la total imposibilidad de su ejecución (como la extradición de una persona fallecida); la imposibilidad práctica (un Estado que firma un tratado por el cual queda unido a otro no puede aceptar, si ha de seguir siendo Estado, condiciones políticas y económicas incompatibles con las condiciones mínimas de existencia de un Estado); y la imposibilidad jurídica, absoluta o relativa.

34. El *jus cogens* constituye el mínimo indispensable para la existencia de la comunidad internacional; es derecho positivo creado por los Estados, no como antes individuales sino como órganos de la comunidad internacional, con objeto de salvaguardar la existencia de ésta. Este derecho positivo puede progresar. Ejemplo de ello es la parte relativa al «Asiento de Negros» en el Tratado de Utrecht de 1713⁷, por el cual Inglaterra obtenía del Rey de España el monopolio durante treinta años del tráfico de esclavos con la América española. Semejante tratado sería imposible en la actualidad, pues la comunidad internacional considera la esclavitud como institución ilícita.

35. Prefiere el texto de 1963, quedando entendido que debe leerse en relación con el artículo 45.

36. Al Sr. AMADO le produce una verdadera satisfacción releer las actas resumidas de los debates del 15.º período de sesiones de la Comisión, durante el cual muchos miembros, y en particular el Sr. Bartoš, el Sr. Tunkin y el Sr. Ago, enfocaron con gran acierto el problema del *jus cogens*. La coincidencia de opiniones de autoridades tan diversas honra a la Comisión. Como dijo en la 685.ª sesión el Sr. de Luna, citando al Sr. Bartoš, el *jus cogens* es efectivamente el «mínimo esquema jurídico que la comunidad internacional considera indispensable para su existencia en un momento determinado»⁸.

⁶ McNair, *Law of Treaties*, 1961, pág. 213.

⁷ A. del Cantillo, *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio*, 1843, págs. 58 y 75.

⁸ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1963, vol. I, pág. 82.

⁵ P.C.I.J., Serie A/B, N.º 63, págs. 65 a 152.

37. Apoya las observaciones formuladas por la delegación del Brasil en la Sexta Comisión, recogidas por el Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/183/Add.1, pág. 19), y dice que, las razones expuestas en ellas, prefiere el texto del artículo 37 aprobado en 1963.

38. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, observa complacido, al igual que el Sr. Ago, que casi todos los gobiernos aceptan el principio básico del artículo 37, concerniente a la existencia del *jus cogens* en derecho internacional.

39. Lo sorprendente es que, en la Sexta Comisión de la Asamblea General, las delegaciones de algunos Estados cuyos gobiernos no se habían pronunciado todavía expresaran dudas acerca de lo atinado de ese principio; al parecer, esas delegaciones se apoyaban en la noción de la soberanía absoluta del Estado que, según ellas, es la única capaz de crear normas jurídicas, por cuanto los tratados son la primera de las fuentes del derecho mencionadas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

40. Aunque no se opone a la idea de que la soberanía de los Estados constituya la base de la comunidad internacional, no cree que esa soberanía puede ser absoluta toda vez que la comunidad internacional se ha organizado. Ya en la época de la Sociedad de las Naciones, Litvinov afirmaba que todos los tratados representan una limitación voluntaria de la soberanía nacional en una comunidad internacional organizada. No se trata necesariamente de una abdicación de la soberanía nacional, pero el ser miembro de una comunidad obliga a acatar ciertas normas. Si así no fuera, la sociedad continuaría en el estado salvaje descrito por la fórmula *homo homini lupus*, que duró hasta la primera guerra mundial y que subsistió casi sin oposición en el período comprendido entre las dos guerras. Al integrarse en la sociedad internacional, los Estados reconocen la existencia de un orden internacional mínimo, que no es otra cosa que el *jus cogens*. Los conceptos abstractos de libertad absoluta y soberanía absoluta no son compatibles con la existencia de la sociedad internacional.

41. Por todo lo dicho, sigue apoyando el texto aprobado en 1963 a reserva de las mejoras que pueda introducir el Comité de Redacción.

42. El Sr. BRIGGS dice que sus objeciones al concepto de nulidad automática introducido en el artículo 37 son aún más fuertes que las que le mereció la enunciación de ese concepto en el artículo 36. Duda de que exista acuerdo alguno ni en el seno de la propia Comisión ni fuera de ella acerca del alcance y contenido de la regla enunciada sobre los tratados incompatibles con una norma imperativa de derecho internacional general. La Comisión no ha intentado definir tales normas. En verdad, es desconcertante que el artículo haya sido aceptado por tantos Estados; supone que una de las razones es que, según los juristas, la noción de orden público internacional corona de modo apropiado una estructura teórica. Nada cuesta a los Estados adoptar una actitud moral elevada y condenar tratados que en cualquier caso es muy poco probable que celebren, como serían

los que propugnasen el uso de la fuerza, el tráfico de esclavos o el genocidio.

43. Su segunda objeción al artículo es la misma que han indicado los Gobiernos de los Estados Unidos y del Reino Unido, es decir, que no prevé una jurisdicción independiente que decida si ha habido o no violación de una norma imperativa.

44. La idea de norma imperativa no es desconocida para los ciudadanos de los Estados Unidos donde, en virtud de la doctrina de la revisión judicial, los tribunales tienen que examinar la constitucionalidad de los actos del Congreso, no como problema moral sino como problema administrativo de delimitación de los poderes entre el gobierno federal y los gobiernos de los Estados. Los tribunales reconocen asimismo el concepto de orden público.

45. Lo que hace falta no es tanto una norma como la que se enuncia en el artículo 37 sino más bien un examen colectivo de los problemas planteados.

46. El Sr. PESSOU hace suyas las observaciones del Sr. Yasseen, que ha citado algunos ejemplos muy pertinentes. No cree que las objeciones formuladas por algunos Estados puedan privar al *jus cogens* de su carácter obligatorio.

47. Coincide también con el Sr. Ago en que la Comisión debería adoptar un método y agrupar en un solo artículo todo lo referente al *jus cogens*, que actualmente está repartido entre los artículos 37 y 45.

48. Tal vez conviniera modificar el artículo 37. en su versión revisada por el Relator Especial, añadiendo la palabra «obligatorio» a continuación de «carácter».

49. A diferencia del Sr. Castrén, no cree que el empleo de la palabra «imperativa» constituya un pleonismo, pues con ella se da a entender que el *jus cogens* se impone *erga omnes* a todos los Estados. Además, en algunos casos vale más decir lo mismo dos veces que dejar una duda en el aire. Sin embargo, se sumará a la opinión de la mayoría sobre el particular.

50. El Sr. CADIEUX reconoce que la norma enunciada en el artículo 37 es un paso importante en el desarrollo progresivo del derecho internacional. Es revelador que a ese respecto haya habido un acuerdo casi unánime en la Comisión y que la mayoría de los gobiernos hayan considerado aceptable el artículo.

51. Es posible que la norma no tenga toda la precisión deseable, pero más vale contar con una norma, aun imperfecta, que no contar con norma alguna.

52. Admite la distinción que se ha hecho entre desarrollo normativo y desarrollo institucional, pero sigue creyendo que existe una relación entre ambos y que el segundo es indispensable para el primero. Como ha dicho el Sr. Briggs, un desarrollo normativo que prescindiera de los problemas institucionales entrañaría peligros y la Comisión haría mal en pasar por alto las lagunas de su labor.

53. Por lo que respecta a la redacción, tal vez no sea absolutamente preciso incluir la expresión «*ab initio*», pero las palabras «al tiempo de celebrarse» son necesari-

rias puesto que agregan una precisión útil. Al no definir lo que puede definirse, la Comisión puede prolongar usos indebidos.

54. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que la Comisión está en general de acuerdo en que es necesario e importante enunciar el concepto de invalidez de los tratados incompatibles con una norma de *jus cogens*. En sus observaciones, los gobiernos han afirmado tanto la realidad como la importancia de dicho concepto.

55. Comprende las observaciones del Sr. Briggs y el Sr. Cadieux acerca de los riesgos que entraña la forma general de la norma enunciada en el artículo 37. Sin embargo, la situación actual del derecho internacional justifica en parte que la Comisión enuncie la norma como lo ha hecho y deje a la práctica la elaboración detallada de su contenido.

56. Acepta las observaciones del Sr. Verdross y del Sr. Yasseen. Los ejemplos aducidos por éste son especialmente ilustrativos, pues cuanto más se integre la colectividad internacional mayor atención se prestará a la situación del individuo. Por consiguiente, cabe esperar una evolución importante del *jus cogens* encaminada a la protección de los derechos del individuo en interés de la comunidad mundial en general.

57. No cree que sirva de mucho tratar de elaborar detalladamente las normas de *jus cogens*; los términos del artículo 37 bastan para que juristas y gobiernos entiendan lo que quiere decir la Comisión.

58. En cuanto a la redacción del artículo, no va a insistir en las pequeñas modificaciones de estilo propuestas por él para tomar en consideración las observaciones de algunos gobiernos. Después de oír el debate se inclina a creer que dichas observaciones provienen de no haberse percatado de la estrecha relación existente entre los artículos 37 y 45. Leyendo ambos puede verse que el texto del artículo 37 adoptado en 1963 es más que suficiente y no es preciso añadirle las palabras «al tiempo de celebrarse».

59. Convendría pedir al Comité de Redacción que examinase las modificaciones de forma sugeridas por el Sr. Castrén y el Sr. Pessou.

60. Debe remitirse el artículo 37 al Comité de Redacción para que lo examine habida cuenta de los debates y de que en la Comisión hay muchos partidarios del texto de 1963.

61. El Sr. AGO desea, antes de que la Comisión concluya el debate sobre cuestión tan importante, formular dos observaciones que le han inspirado las intervenciones del Sr. Briggs y del Sr. Cadieux.

62. Al decir que la Comisión establece normas de fondo y que no hay que confundir la cuestión de determinar el contenido de dichas normas con la de si existe o no un dispositivo para resolver las controversias sobre su aplicación, no ha pretendido en modo alguno oponerse a un desarrollo institucional de esa índole. Sólo ha querido señalar que el problema de ese desarrollo es más importante en relación con las normas de fondo en su conjunto que en relación con un problema determinado. De hecho, está persuadido de que los progresos obteni-

dos en la evolución de las normas de fondo demostrarán muy pronto la necesidad absoluta del desarrollo institucional de los medios para resolver las controversias sobre la aplicación de aquéllas a casos concretos.

63. En segundo lugar, se ha criticado a la Comisión por no haber establecido una lista de las normas de *jus cogens*. A juicio del orador, el momento oportuno para hacerlo no es precisamente aquel en que se enuncia la norma de que un tratado es nulo si es derogatorio del *jus cogens*. Las normas de *jus cogens* pueden hallarse dispersas en diversas ramas del derecho internacional: relaciones diplomáticas, derecho del mar, responsabilidad de los Estados, etc. La Comisión deberá siempre tener presente la norma enunciada en el artículo 37 de su proyecto cuando prosiga su labor de codificación del derecho internacional, pero no puede determinar de antemano cuáles son las normas a las que se prohíba toda derogación, y ello es válido para las diversas ramas del derecho internacional. No estaría de más hacer constar esta observación en el comentario al artículo 37.

64. El PRESIDENTE considerará, si no hay objeciones, que la Comisión decida remitir el artículo 37 al Comité de Redacción.

Así queda acordado ⁹.

ARTÍCULO 38 (Tratados que terminan por efecto de sus propias disposiciones)

Artículo 38

Tratados que terminan por efecto de sus propias disposiciones

1. Un tratado llegará a su término por efecto de una de sus disposiciones:

a) En la fecha indicada por el tratado o la expiración del plazo fijado por el tratado;

b) Cuando se cumpliera una condición resolutoria estipulada en el tratado;

c) Cuando ocurriera cualquier otro suceso que según el tratado hubiere de ponerle término.

2. Cuando una parte denunciare un tratado bilateral de conformidad con las disposiciones del tratado, éste terminará en la fecha en la cual la denuncia surtiere efecto.

3. a) Cuando una parte denunciare un tratado multilateral o se retirare de él de conformidad con las disposiciones del tratado, éste dejará de aplicarse a esa parte desde la fecha en la cual la denuncia o la retirada surtiere efecto;

b) Un tratado multilateral terminará cuando el número de partes llegare a ser inferior al número que según el tratado fuere necesario para mantenerlo en vigor. Ello no obstante, no terminará por el solo motivo de que el número de partes llegare a ser inferior al señalado en el tratado como necesario para su entrada en vigor. (A/CN.4/L.107, pág. 35.)

65. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el artículo 38, para el cual ha propuesto el Relator Especial el nuevo título y texto siguientes:

⁹ Véase reanudación del debate en los párrs. 120 a 131 de la 840.^a sesión y 1 a 4 de la 841.^a sesión.

Terminación o suspensión de la vigencia de un tratado por efecto de sus propias disposiciones

1. Un tratado llegará a su término o se suspenderá su aplicación o será denunciado por alguna de sus partes cuando llegare la fecha, se cumpliera la condición o se produjere el suceso previsto en él.
 2. Un tratado multilateral no terminará por el solo motivo de que el número de partes llegare a ser inferior al señalado en el tratado como necesario para su entrada en vigor. (A/CN.4/183/Add.1, pág. 29.)
66. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que el artículo 38, el primero de la sección 3 titulada «Terminación y suspensión de la aplicación de los tratados», ha sido poco comentado por los gobiernos. Sin embargo, alguna de las observaciones formuladas coinciden con el parecer expresado por varios miembros durante los debates habidos en 1963, de que gran parte de las cláusulas del artículo 38 son axiomáticas. Algunas de ellas parecen limitarse a afirmar que las disposiciones del tratado se aplicarán, por lo que se refiere a la terminación de éste, de conformidad con la intención de las partes. Por ello ha abreviado el texto del artículo sin modificar su fondo en modo alguno.
67. El párrafo 2 del nuevo texto reproduce la única disposición de fondo de la versión anterior del artículo 38. Es corriente que los tratados multilaterales estipulen un número mínimo de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor. Por consiguiente, existe siempre la posibilidad de que, como consecuencia de la retirada de una de las partes, el número de ratificaciones o de adhesiones llegue a ser inferior al mínimo requerido. Así pues, conviene estipular que el tratado multilateral no terminará por ese solo hecho. Sin embargo, quiere señalar que esta norma se aplicará también a los casos comprendidos en el artículo 39, en que el derecho de retirarse es implícito y no está expresamente previsto en el tratado.
68. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, teme que si ésta cede a las observaciones de tales o cuales gobiernos y omite todo lo que por uno u otro motivo pudiera considerarse superfluo, al final no quede nada del proyecto de artículos. Una poda excesiva oscurecería el texto. Por ejemplo, cabe preguntarse cuáles son la «condición» y el «suceso» mencionados en la versión del artículo 38 revisada por el Relator Especial, puesto que todo tratado estipula muchas condiciones y prevé muchos sucesos que no tienen nada que ver con la terminación del tratado.
69. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, ha revisado radicalmente el texto del artículo 38, no sólo para atender las observaciones de los gobiernos sino también porque durante el debate de 1963 muchos miembros de la Comisión estimaron que el artículo era en gran parte axiomático.
70. El Sr. ROSENNE dice que si se mantuviera el párrafo 1, el texto propuesto por el Relator Especial sería una mejora considerable. Sin embargo, ese párrafo es puramente descriptivo y más apropiado para un código que para un proyecto de convención. Por consiguiente, duda de que sea necesario mantenerlo.
71. El párrafo 2 debiera constituir un artículo aparte. Sus disposiciones no se refieren a la terminación o a la suspensión de un tratado sino que enuncian la norma muy necesaria de que en ciertas circunstancias un tratado no quedará terminado o suspendido. El Relator Especial ha indicado que esa misma norma sería aplicable en las circunstancias previstas en el artículo 39; en verdad, hasta podría ser aplicable a algunas otras disposiciones sobre la terminación. Por tanto, sería preferible enunciarla en un artículo independiente. La norma es nueva, pero ha sido aprobada por todos los gobiernos que formularon observaciones sobre el artículo 38.
72. El Sr. YASSEEN dice que la génesis del artículo 38 revela un esfuerzo constante por lograr más brevedad y concisión. El texto últimamente propuesto por el Relator Especial marca un nuevo adelanto en ese sentido.
73. El párrafo 1 está bien formulado; la condición en él mencionada concierne sin duda a la terminación o a la suspensión del tratado.
74. La norma enunciada en el párrafo 2 ha sido desde el comienzo considerada por la Comisión como una regla útil de derecho positivo. El nuevo texto expresa todo lo dicho en el anterior, pero con menos palabras y posiblemente más claridad. Apoya por tanto dicho texto, a reserva de las mejoras que pueda introducir el Comité de Redacción.
75. El Sr. AGO dice que aunque el artículo 38 es de menos importancia que los anteriores, dista de carecer de ella. No sólo contiene explicaciones sino que enuncia el principio de que cuando en un tratado se estipule un plazo o una condición resolutoria o se especifique un suceso futuro que haya de poner fin al tratado, no se pondrá término a ese tratado antes de que expire el plazo, se cumpla la condición o se produzca el suceso previsto. La norma está justificada y el único problema es redactarla en términos adecuados. Como ha sugerido el Presidente, procede agregar la palabra «resolutoria» después de «condición».
76. El artículo 38 aprobado en 1963 contenía dos disposiciones importantes: el párrafo 2 y el apartado *a* del párrafo 3. Aun cuando muchos tratados prevén la posibilidad de denuncia, lo más frecuente es que también dispongan que ésta sólo será efectiva después de transcurrir un plazo determinado; en tal caso, el tratado mismo no puede expirar ni dejar de aplicarse a la parte que se retire de él, hasta que sea efectiva la denuncia. Sería un error omitir estas dos utilísimas disposiciones.
77. El Sr. CASTRÉN dice que cuando se examinó el artículo en 1963, propuso su supresión, excepto el apartado *b* del párrafo 3 que enunciaría una valiosa norma de derecho; el resto del artículo era meramente descriptivo. Sigue manteniendo la misma opinión, reafirmada incluso por las observaciones de los gobiernos.
78. Fiel a su actitud conciliatoria, el Relator Especial ha hecho una gran concesión en su último texto revisado al condensar en una sola frase todos los elementos descriptivos que antes figuraban en tres párrafos, pero no ha podido cambiar la naturaleza de dichos elementos. Además, ha añadido al artículo una disposición concer-

niente al caso de suspensión de la aplicación de un tratado.

79. Encuentra difícil aceptar incluso la nueva versión, que sigue prestándose a la crítica. A pesar de ser muy largo, el título no menciona la retirada de una de las partes de un tratado multilateral, aunque se ha de reconocer que ese defecto es leve.

80. Prescindiendo del título, que pudiera ser suprimido por la conferencia diplomática que habrá de continuar la labor de la Comisión, el párrafo 1 da la impresión de que todos los tratados contienen disposiciones relativas a su terminación, a la suspensión de su aplicación o a la retirada de una de las partes en el caso de un tratado multilateral, y que el artículo indica los únicos modos de terminación, suspensión o retirada. Desde luego es menester considerar el proyecto de artículos en su totalidad, pero conviene redactar cada norma de tal manera que se eliminen en lo posible los equívocos. A este respecto, era mejor el antiguo texto.

81. Conviene mantener el párrafo 2, pero insertando una reserva respecto de los tratados que contengan disposiciones en contrario.

82. El Sr. de LUNA apoya las observaciones del Sr. Ago. Es buena la simplificación, pero no hay que exagerarla. En particular, el apartado *a* del párrafo 3 del texto de 1963 contenía una disposición importante. El nuevo texto prescinde del caso, muy frecuente sin embargo, de que conforme al tratado la denuncia sólo surta efecto al cabo de cierto tiempo y que, hasta la expiración del plazo señalado, la parte interesada deba cumplir las obligaciones estipuladas en el tratado. A falta de una norma a ese respecto (que podría ser una norma supletoria), la denuncia de un tratado multilateral sería un medio demasiado fácil para un Estado de eludir las obligaciones resultantes de un régimen multilateral. Sin duda el problema es sobre todo de redacción.

83. El PRESIDENTE cita, en apoyo de las observaciones del Sr. de Luna, el caso de la Convención para el establecimiento de una Organización Europea de Investigaciones Nucleares, cuyo artículo 12 estipula que sólo después de que la Convención haya estado en vigor durante siete años podrán los Estados Miembros notificar por escrito al Director que se retiran de la Organización. Esa disposición era necesaria para que el CERN pudiera amortizar sus costosísimas instalaciones¹⁰.

84. El Sr. BRIGGS quisiera saber cuál es la relación entre las disposiciones del artículo 38 y las del artículo 40, que exigen el acuerdo de todas las partes para poner término a un tratado.

85. Aunque el nuevo texto del Relator Especial mejora al de 1963, no está convencido de que el artículo sea realmente necesario.

86. El Sr. TUNKIN sigue pensando, como en 1963, que el artículo no trata de un asunto de gran importancia. Al igual que los anteriores párrafos 1, 2 y 3 *a*, el nuevo párrafo 1 enuncia un axioma, de modo que no

causará inconveniente alguno si la Comisión decide conservarlo.

87. En el párrafo 2 enuncia una norma jurídica útil. El caso en él previsto podría surgir, aunque el orador no tiene noticia de que jamás haya habido controversias a ese respecto.

88. En suma, prefiere el nuevo texto propuesto por el Relator Especial porque es más breve.

89. El Sr. VERDROSS está de acuerdo con el Sr. Tunkin. El párrafo 1 del artículo en una nueva versión no es estrictamente necesario puesto que enuncia algo que es obvio. El párrafo 2, en cambio, es necesario porque contiene una norma que nunca había sido formulada en derecho internacional. De todos modos, no tiene inconveniente en que se mantenga en su totalidad el texto propuesto por el Relator Especial.

90. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, contestando al Sr. Ago, dice que es preciso tener presentes las disposiciones del artículo 53 referentes a las consecuencias jurídicas de la terminación de un tratado. La cuestión del momento en que el tratado expira tras su denuncia queda prevista en la nueva versión del párrafo 1, que se refiere a la terminación de los tratados «por efecto de sus propias disposiciones»; está claro por tanto que la terminación se producirá de conformidad con las disposiciones del tratado mismo, incluso las relativas a la notificación de aquélla.

91. Sugiere que se remita el artículo 38 al Comité de Redacción para que vuelva a examinarlo habida cuenta de los debates correspondientes.

*Así queda acordado*¹¹.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

¹¹ Véase reanudación del debate en los párrs. 5 a 11 de la 841.^a sesión, y también los párrs. 53 a 55 de la 836.^a sesión.

829.^a SESIÓN

Miércoles 12 de enero de 1966, a las 10 horas

Presidente: Sr. Milan BARTOŠ

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Bedjaoui, Sr. Briggs, Sr. Cadieux, Sr. Castrén, Sr. de Luna, Sr. Pessou, Sr. Rosenne, Sr. Tunkin, Sr. Verdross, Sir Humphrey Waldock y Sr. Yasseen.

Derecho de los tratados

(A/CN.4/183 y Add.1 a 3; A/CN.4/L.107)

[Tema 2 del programa]

(continuación)

ARTÍCULO 39 (Tratado que no contiene disposiciones sobre su terminación)

¹⁰ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 200, pág. 149.