

rables modificaciones del texto. En primer lugar, como explica en el párrafo 4 de sus propias observaciones (A/CN.4/185/Add.5), ha suprimido de la frase inicial la palabra « también », salvando así una objeción fundada del Gobierno de Israel. Como señala en el párrafo 6 de sus observaciones, atendiendo otra indicación del mismo Gobierno ha suprimido también el apartado *a*, cuyas disposiciones no eran tan completas como las del artículo 63 en el que se enuncian adecuadamente las normas sobre los efectos de un tratado posterior.

104. En cambio, no ha podido aceptar la sugerencia que hizo el Gobierno de Israel de que se suprime también el apartado *b* basándose en que prácticamente no se pueden distinguir sus efectos de los del artículo 69, relativo a la interpretación de un tratado en función de la práctica seguida ulteriormente en su aplicación; en su quinto informe, el orador explica detalladamente las razones de su decisión (A/CN.4/186/Add.5, párrs. 8, 9 y 10). En los tratados bilaterales, la línea divisoria entre interpretación y modificación es algo confusa y la distinción no es muy importante en la práctica, pero la situación es totalmente distinta en el caso de los tratados multilaterales. En el de los tratados multilaterales que se aplican bilateralmente, es posible que algunos Estados apliquen de una forma determinada el tratado sólo en sus relaciones mutuas, pero los Estados que no sigan la misma práctica no están obligados por esa interpretación *inter se*. Es por tanto imprescindible tratar por separado los dos problemas de la modificación y la interpretación, que son diferentes.

105. Tres gobiernos, entre ellos el del Reino Unido, han propuesto que se suprima el apartado *c*. La primera razón que aduce para ello el Gobierno del Reino Unido es la dificultad de determinar el momento exacto en que surge una nueva norma de derecho consuetudinario; sin embargo, no se puede hacer caso omiso de ese derecho, sean cuales fueren las dificultades que pueda haber para determinar la situación exacta en cada caso.

106. Como ya indicó en sus propias observaciones, reconoce el peso de la segunda objeción del Reino Unido basada en la necesidad de tener en cuenta la voluntad de las partes, y de la observación del Gobierno de Israel sobre la relación entre el apartado *c* y las disposiciones del artículo 69 sobre interpretación. Propone por tanto que se suprima el apartado *c* quedando, entendido que la Comisión estudiará la posibilidad de incluir sus disposiciones en el artículo 69.

107. Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, ha preparado una nueva versión del artículo 68 que consta de la frase inicial y el contenido del apartado *b* del texto de 1963, y de una nueva frase en la que se regula la modificación *inter se* de los tratados multilaterales.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

866.^a SESIÓN

Jueves 9 de junio de 1966, a las 11 horas

Presidente: Sr. Mustafa Kamil YASSEEN

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Bartoš, Sr. Briggs, Sr. Castrén, Sr. El-Erian, Sr. Jiménez de Aréchaga, Sr. de Luna, Sr. Paredes, Sr. Pessou, Sr. Reuter, Sr. Rosenne, Sr. Tabibi, Sr. Tsuruoka, Sr. Tunkin y Sir Humphrey Waldock.

También presente: Sr. Golsong, observador del Comité Europeo de Cooperación Jurídica

Derecho de los tratados

(A/CN.4/186 y adiciones; A/CN.4/L.107 y L.115)

(continuación)

[Tema 1 del programa]

ARTÍCULO 68 (Modificación de un tratado por un tratado, una práctica o una norma consuetudinaria posteriores) (continuación)¹

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a seguir examinando el artículo 68.
2. El Sr. CASTRÉN está de acuerdo con el Gobierno de Israel y con el Relator Especial en que existe cierta duplicación entre el apartado *a* y otras disposiciones del proyecto, especialmente el artículo 63. Además es evidente que si todas las partes de un tratado tienen derecho a poner término al mismo concertando un nuevo tratado sobre la misma materia, conforme al artículo 41 también pueden modificar el tratado de esa manera. Por consiguiente, cabe considerar superfluo el apartado *a*.
3. Sin embargo, un proyecto sobre el derecho de los tratados debe abarcar todas las principales maneras de modificarlos, no sólo las que operan implícitamente sino, sobre todo, las que funcionan directamente. Por ello, si bien duda en aceptar la supresión del apartado *a*, no se opone a que se lo modifique ni a que en él se haga referencia al artículo 63, como ha sugerido el Relator Especial.
4. La nueva versión del apartado *b* propuesta por el Relator Especial es muy satisfactoria. En particular, está plenamente justificada la inclusión de la segunda frase. Las garantías previstas en el artículo 67 respecto de las modificaciones por acuerdo *inter se* deberían aplicarse en general, y por tanto también respecto del artículo 68.
5. En cuanto al apartado *c* estima, por las razones que ya adujo en relación con el apartado *a* y a pesar de las observaciones de algunos gobiernos y del Relator Especial, que se debe mantener ese apartado en el lugar que ocupa actualmente. Como ha sugerido el Relator Especial en el párrafo 13 de su informe, se podrían añadir al final del apartado *c* las palabras « en sus relaciones mutuas ».

¹ Véase el párrafo 100 de la 865.^a sesión.

6. El Sr. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA apoya la propuesta del Relator Especial de suprimir el apartado *a*, que dispone lo mismo que otros artículos en particular el artículo 63.

7. Aprueba también la versión del apartado *b* propuesta por el Relator Especial, con la nueva frase sobre modificación *inter se* por práctica ulterior entre algunas de las partes, que contiene una útil disposición sobre las garantías establecidas en el artículo 67.

8. Es importante recoger en otro artículo la idea de que todo tratado puede modificarse por práctica ulterior de las partes, como sostuvieron la Corte Internacional de Justicia en el asunto del templo de Preah Vihear² y el Tribunal de Arbitraje en la controversia entre Francia y los Estados Unidos, sobre la interpretación de un convenio relativo a servicios de transporte aéreo, en su laudo de 22 diciembre de 1963, citado en el párrafo 2 del comentario que acerca del artículo 68 figura en el informe de la Comisión sobre su 16.^o período de sesiones³.

9. Se ha manifestado alguna preocupación por la posibilidad de que la amplia aceptación de la posibilidad de modificar un tratado por práctica posterior permita que cualquier funcionario del Estado, incluso uno subalterno, pueda alterar lo convenido en un tratado ratificado oficialmente. Por lo tanto, se debería precisar en el comentario que la práctica ulterior a que se hace referencia en el artículo 68 debe ser una práctica ulterior « de las partes ». Dado que por « parte » se entiende, según el apartado *f bis* del artículo 1, todo « Estado que ha consentido en obligarse por un tratado y para el cual el tratado ha entrado en vigor », la práctica ulterior susceptible de modificar un tratado debe ser atribuible al Estado por los actos u omisiones de los funcionarios facultados para obligar a aquél en el plano internacional, teniendo en cuenta el carácter del tratado y la posibilidad de una confirmación expresa o tácita ulterior por la autoridad competente del Estado, como se prevé en el artículo 4 *bis*.

10. Apoya la propuesta del Relator Especial de que se suprima el apartado *c*, pero sugiere que se aplace el examen de ese apartado hasta que se estudie el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 69, sobre el cual varios gobiernos han formulado observaciones y el Relator Especial va a presentar propuestas.

11. El Sr. AGO es partidario de la propuesta que hace el Relator Especial al final de su informe⁴. El texto del único párrafo que quedaría del artículo 68 es satisfactorio. Sin embargo, de acuerdo con el Sr. Reuter, sugiere que en el texto francés se introduzca un pequeño cambio de forma consistente en sustituir las palabras « *Etablissant leur accord* » por « *dans la mesure où elle fait apparaître leur accord* ».

12. El Sr. ROSENNE acepta la propuesta del Relator Especial de que se supriman los apartados *a* y *c* pero no se opone a que se aplace la decisión sobre la segunda de estas dos disposiciones.

13. En cuanto al apartado *b*, se reserva su posición hasta que la Comisión haya examinado el artículo 69; todavía

² *I.C.J. Reports*, 1962, pág. 6.

³ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. II, pág. 193.

⁴ Véase el párrafo 101 de la 865.^a sesión.

no está convencido de la necesidad de conservarlo, ni siquiera en su forma enmendada.

14. A reserva de esas observaciones, desea formular dos sugerencias sobre el texto propuesto por el Relator Especial. Primera, que las palabras « práctica seguida ulteriormente por las partes » se sustituyan por la expresión empleada en el artículo 69, « práctica seguida ulteriormente por todas las partes »; segunda, que se incluyan en dos párrafos distintos las dos frases propuestas por el Relator Especial, ya que tratan de cuestiones diferentes.

15. El Sr. TUNKIN dice que la modificación debe quedar aparte de la interpretación; se opone decididamente a toda ampliación del concepto de interpretación que permita a las partes modificar un tratado bajo pretexto de interpretarlo.

16. Apoya la propuesta del Relator Especial de que se suprima el apartado *a*, que dispone algo ya previsto en el artículo 63.

17. El apartado *b* trata del problema capital de los efectos de la práctica ulterior sobre las disposiciones del tratado. Es indudable que la práctica desarrolla los tratados y modifica su aplicación. Ahora bien, para que la práctica ulterior modifique las disposiciones de un tratado se necesitan dos requisitos. Primero, la práctica debe demostrar la existencia de un acuerdo encaminado a modificar o a desarrollar las disposiciones de un tratado. Segundo, ese acuerdo debe abarcar a todas o casi todas las partes en el tratado.

18. Otro problema delicado es el de decidir, a efectos de las disposiciones del apartado *b*, si se debe hacer una distinción entre las disposiciones esenciales de un tratado y las disposiciones secundarias o de poca importancia. Quizá la Comisión deba proceder con cautela e indicar que las disposiciones fundamentales de un tratado no pueden ser modificadas por la práctica ulterior. No desea sino plantear el problema porque personalmente no tiene ninguna solución que proponer.

19. En cuanto al nuevo texto del apartado *b* del Relator Especial, cree que la segunda frase va demasiado lejos si significa que se acepta la modificación por la práctica de algunas de las partes. La modificación *inter se* de un tratado ha sido rodeada de ciertas garantías, enunciadas en el artículo 67, pero no todas ellas pueden aplicarse en el caso previsto en el apartado *b*; en particular, el requisito de la notificación a todas las demás partes no puede cumplirse en el caso de modificación por práctica ulterior. Las partes en un tratado pueden encontrarse en la situación de que algunas de ellas hayan modificado *inter se* ciertas disposiciones del tratado y que las demás no lo sepan hasta mucho después.

20. Está dispuesto a aceptar la supresión del apartado *c*; el problema que constituye su objeto podría resolverse modificando el apartado *b*; en realidad, la idea de una norma consuetudinaria está ya en el apartado *b*. De todas formas, no se opone a la sugerencia de que la Comisión aplase su decisión sobre el apartado *c* hasta que haya examinado el artículo 69.

21. El Sr. de LUNA apoya la propuesta del Relator Especial de que se suprima el apartado *a*. Esto tendría

la ventaja de evitar algunos problemas difíciles, como el de los tratados que no se pueden modificar por simple acuerdo de las partes. Por ejemplo, los tratados sobre protección de minorías concertados después de la primera guerra mundial estipulan que para su modificación es necesaria una decisión de la mayoría de los miembros del Consejo de la Sociedad de las Naciones.

22. La propuesta del Relator Especial de limitar el artículo 68 al problema de la incompatibilidad reduce el artículo a la regla de interpretación, generalmente admitida, de que toda manifestación posterior de la voluntad de las partes prevalece sobre una manifestación anterior de esa misma voluntad. Por ello, aprueba la primera frase del nuevo texto del Relator Especial.

23. En cuanto a la segunda frase, comparte las dudas del Sr. Tunkin. Si la práctica ulterior equivale a un acuerdo *inter se*, lógicamente se debería considerar ese acuerdo como un acuerdo *inter se* de modificación comprendido en el artículo 67. No obstante, como en caso de modificación por práctica ulterior no es posible la notificación, el Relator Especial se ha contentado con remitir a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 67. Naturalmente, no ha podido remitir al párrafo 2, que trata de la notificación.

24. No cree que el contenido del apartado *c* pueda transferirse al artículo 69. La modificación y la interpretación son distintas. Acepta la supresión del apartado *c*, porque todo intento de formular adecuadamente sus disposiciones plantearía algunos problemas muy espinosos, entre ellos el de la relación entre un tratado y una norma de derecho consuetudinario internacional general que nazca después de su celebración. Puede ocurrir que las partes en un tratado contribuyan a la formación de una nueva norma consuetudinaria de derecho internacional sin tener intención de derogar la *lex specialis* que figura en las disposiciones del tratado; ahora bien, hay que recordar que *lex specialis derogat legi generali*.

25. El Sr. BRIGGS acepta la recomendación del Relator Especial de que se supriman los apartados *a* y *c*, pero está de acuerdo con el Sr. Jiménez de Aréchaga en que sería preferible aplazar la decisión sobre el apartado *c* hasta que la Comisión haya examinado las disposiciones del artículo 69 sobre derecho intertemporal.

26. Sin embargo, no puede aceptar la propuesta de conservar las disposiciones del apartado *b*. El problema que trata ese apartado se halla ya implícito en el apartado *b* del párrafo 3 del artículo 69. La manera de resolverlo es la misma en ambas disposiciones; hay únicamente una diferencia de grado ya que tanto si se alcanza el resultado mediante « acuerdo » entre las partes conforme al apartado *b* del artículo 68 o mediante « interpretación concorde » conforme al apartado *b* del párrafo 3 del artículo 69, el cambio se consigue forzando el sentido de los términos del tratado más bien que modificándolos. Es importante señalar que conforme al artículo 68, el tratado como tal no queda modificado o enmendado por los apartados *a*, *b* o *c*, aunque ello pueda ocurrir con su « funcionamiento » o « aplicación ».

27. La norma expresada en ambos casos es que el tratado ha de interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta la prác-

tica ulterior de las partes; así, si se quiere mantener el artículo 68 es esencial referirse en él a « todas » las partes. Tal palabra figura ya en el artículo 69, y tanto respecto de la modificación como de la interpretación es lógicamente necesario el acuerdo de todas las partes.

28. Si, en contra de la opinión del orador, la Comisión decidiese mantener el apartado *b* como única disposición del artículo 68, convendría suprimir la segunda frase propuesta por el Relator Especial.

29. El Sr. TSURUOKA es partidario de suprimir totalmente el artículo 68.

30. Todo el mundo parece estar de acuerdo sobre el apartado *a* y el orador no tiene nada que añadir.

31. El apartado *b* es el único que quedaría, de aceptarse la propuesta del Relator Especial. Si la modificación de la aplicación del tratado en él prevista se basa en el acuerdo de todas las partes, tanto si este acuerdo se deduce de la práctica como si se manifiesta de otra manera, tal supuesto está regulado ya en el artículo 65 que trata de la modificación de los tratados por acuerdo que no tiene necesariamente que ser escrito. Por lo que se refiere a la modificación de un tratado o de su aplicación por acuerdo *inter se*, es evidente que debe reunir las condiciones enunciadas en el artículo que trata de esa cuestión.

32. En cuanto al apartado *c*, la palabra « obligatoria » puede interpretarse de dos maneras. Si significa que las partes se hallan realmente obligadas a observar la norma de derecho consuetudinario, entonces ésta es una norma de *ius cogens* y el caso está ya previsto en otro artículo. En cambio, si significa que se permiten excepciones a la norma de derecho consuetudinario que ha aparecido, entonces es evidente que el tratado se mantendrá, puesto que se permite la excepción.

33. No debería extrañar la decisión de suprimir por completo el artículo 68, porque los derechos y las obligaciones convencionales nacen del acuerdo de las partes y este acuerdo también es necesario para su modificación; de todas formas, esta cuestión está ya resuelta en otras disposiciones del proyecto.

34. Desde el punto de vista doctrinal admite la distinción que ha hecho el Sr. Briggs entre la aplicación y la existencia del tratado, pero en la práctica esa diferencia es demasiado sutil. Incluso si la práctica demuestra que todas las partes han convenido en modificar la aplicación del tratado, una de ellas podría afirmar después que no había aceptado la modificación. La seguridad de las relaciones convencionales entre los Estados exige normas claras y precisas; el artículo 68 puede hacer que aumenten las dudas y la incertidumbre.

35. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que el apartado *a* es innecesario porque enuncia la misma norma que otros artículos.

36. El apartado *b* refleja un hecho evidente, a saber, que todo tratado puede modificarse no sólo por acuerdo tácito o formal entre las partes sino también por la práctica ulterior de éstas en su aplicación. Esta práctica no puede considerarse como una interpretación; introduce elementos nuevos, amplía o restringe el ámbito de aplicación de las disposiciones del tratado y equivale a una modifi-

cación. El orador atribuye gran importancia a la distinción entre la interpretación y la modificación de los tratados, ya que se trata de dos operaciones de naturaleza diferente, como ya dijo durante la primera lectura. Por la misma razón, se opondrá a que se traslade el apartado *b* a la sección sobre interpretación de los tratados.

37. No cabe duda de que, como ha dicho el Sr. Tsuruoka, el contenido del apartado *b* está ya en parte en el artículo 65. Ese artículo quizá pueda aplicarse a la modificación de un tratado por práctica ulterior, pero se refiere sobre todo a los acuerdos escritos. Conviene mantener una disposición sobre la práctica concorde de las partes en la aplicación del tratado como medio de modificar éste.

38. Tal como fue redactado en 1964, el apartado *b* no se ajusta del todo a la estructura general del proyecto por lo que se refiere a los tratados multilaterales. En el artículo 67, la Comisión ha establecido algunas garantías al disponer que las excepciones *inter se* a los tratados multilaterales deben cumplir ciertas condiciones. A su juicio, la modificación de los tratados multilaterales por práctica ulterior debería estar sometida a las mismas condiciones. En los casos en que no se permite la excepción por acuerdo directo escrito, tampoco se la debería permitir, sin un acuerdo formal, por el método indirecto de la práctica ulterior.

39. Por ello, la propuesta del Relator Especial está plenamente justificada. La norma propuesta debería mantenerse en la sección del proyecto relativa a la modificación de los tratados, y desde luego no debería ser vinculada a la interpretación de los tratados.

40. El apartado *c* se ocupa de un problema general de capital importancia que es la jerarquía de las fuentes del derecho internacional, es decir, el valor del derecho escrito de los tratados por oposición al derecho no escrito, especialmente la costumbre. La situación no está del todo clara en el derecho positivo. No se puede decir que una fuente determinada tenga precedencia sobre otra ni que los tratados siempre tengan precedencia sobre la costumbre. Este problema debe ser resuelto en función del contenido de las normas. Existen normas consuetudinarias de trascendental importancia, y la mayoría de las normas de *jus cogens* tienen su origen en la costumbre. Por ejemplo, no hay ningún tratado general que condene la esclavitud, pero se puede decir que la base de la norma por la que se proscribía la esclavitud, indudablemente de *jus cogens*, es la costumbre establecida. No es la fuente misma lo que decide la jerarquía de las normas de derecho internacional. Convendría resolver este problema y no parece que el apartado *c* lo haga del todo.

41. El apartado *c* no puntualiza realmente las condiciones en que la costumbre tiene precedencia. Se menciona una nueva norma de derecho consuetudinario (la palabra « consuetudinario » no ha sido traducida en el texto francés) « obligatoria para todas las partes ». ¿ En qué medida las obliga ? ¿ Se trata de una norma de *jus cogens* que tiene precedencia sobre las disposiciones del tratado, o de normas de igual valor ? ¿ Por qué dar precedencia a la nueva norma si no está absolutamente claro que las partes hayan querido derogar su acuerdo anterior por la práctica o por la norma a cuya formación han contribuido ? A juicio del orador, no es la aparición de la nueva

norma sino la voluntad tácita de las partes lo que pone término a un tratado anterior o lo modifica.

42. Se pregunta si hay que resolver el problema en el proyecto y, en caso afirmativo, de qué manera. Como todavía duda, no puede de momento pronunciarse y cree, como el Sr. Jiménez de Aréchaga y el Sr. Tunkin, que la Comisión quizá debiera esperar algún tiempo antes de adoptar una posición, no sólo respecto del apartado *c* sino de todo el problema.

43. El Sr. EL-ERIAN dice que el artículo 68 en su totalidad debería permanecer en la sección sobre modificación de los tratados. Desde luego, la norma del apartado *a* está ya enunciada en el artículo 63, relativo a la aplicación de tratados con disposiciones incompatibles, pero en éste el acuerdo ulterior entre las partes se enfoca desde el punto de vista de sus efectos sobre la aplicación del tratado. Algunos miembros estiman que bastarían los artículos 66 y 67, porque establecen las condiciones y el procedimiento de modificación de tratados multilaterales; ahora bien, no comprenden la modificación implícita.

44. El Relator Especial ha señalado acertadamente que la línea divisoria entre la interpretación y la modificación puede no ser clara siempre; sin embargo, desde el punto de vista jurídico es importante mantener la distinción entre una y otra.

45. Está de acuerdo con el Sr. Tunkin en que es preciso establecer garantías en el apartado *b*; no toda práctica seguida ulteriormente por las partes tendrá por fuerza aplicación general. Habrá que incluir en el proyecto alguna disposición sobre ese particular.

46. Ha observado que el Sr. Castrén, el Presidente y hasta cierto punto el Sr. Tunkin consideran aceptable el apartado *c*, aunque el Sr. Tunkin ha indicado que cabría incorporarlo al apartado *b*. En el artículo 62, relativo a las normas de un tratado que llegan a ser generalmente obligatorias en virtud de la formación de una costumbre internacional, la Comisión ha regulado los efectos de esas normas para terceros Estados; sería lógico tratar de la cuestión en el artículo 68 desde el punto de vista de sus efectos sobre las propias partes en el tratado. Para armonizar el apartado *c* con el artículo 62, debería insertarse la palabra « general » después de « norma » aclarando así que las normas de un tratado modificado en esas condiciones serán obligatorias para todos los Estados de la comunidad internacional, incluso los que no hubieren participado en la formación de la norma consuetudinaria de que se trate.

47. El argumento de que todo el artículo 68 debe realmente figurar en la sección sobre interpretación es insostenible. Esa sección debería preceder a las relativas a la aplicación y modificación de tratados. La aparición de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario no puede afectar a las normas sobre interpretación que figuran en el proyecto de artículos. Como sostuvo el magistrado Huber en el caso de las Isla de las Palmas⁵, todo tratado ha de ser interpretado aplicando las normas de interpretación que existieren en el momento de concertarlo, y también teniendo en cuenta la ulterior evolución

⁵ *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pág. 845.

del derecho y las consecuencias que ello pudiera tener en los derechos de terceros Estados.

48. El Sr. AGO teme que la Comisión esté causando cierta confusión en el artículo 68, probablemente porque está yuxtaponiendo dos cuestiones distintas: la práctica seguida en la aplicación del tratado y, lo que es mucho más importante, la aparición de una nueva norma consuetudinaria de derecho internacional general. Preferiría que el artículo tratara de una cuestión solamente: la práctica en la aplicación del tratado que denota un acuerdo de las partes para modificar o ampliar su alcance.

49. En realidad, la Comisión está examinando el sencillísimo caso de modificación de un tratado por consentimiento de las partes. La única diferencia es que, en lugar de modificar el tratado mediante otro tratado u otro acuerdo expreso, las partes lo hacen tácitamente mediante la práctica que siguen en su aplicación, aunque sigue existiendo consentimiento de dichas partes. Ciertamente es que la práctica puede facilitar simplemente elementos para la interpretación del tratado o justificar una verdadera modificación del mismo; pero, una vez que la práctica ha modificado el tratado, queda demostrado que las partes estaban de acuerdo al respecto.

50. El nacimiento de la norma de derecho consuetudinario plantea un problema totalmente distinto. Le ha producido cierta inquietud la idea expuesta de que la simple aparición de una norma consuetudinaria de derecho internacional general entrañaría automáticamente la modificación de todo tratado que contuviera normas diferentes de aquélla. Está de acuerdo en que la norma consuetudinaria de derecho internacional general puede en ciertos casos excepcionales ser una norma de *jus cogens*, y en que en tal caso, previsto por la Comisión, la norma afectaría a la vida del tratado, que dejaría de existir. En cambio, en todos los demás casos no hay nada que impida a las partes reglamentar sus relaciones mutuas o seguir reglamentándolas de manera distinta de la prescrita por la norma de derecho consuetudinario. Por consiguiente, si las partes convienen en modificar el tratado con objeto de armonizar sus disposiciones con la nueva norma de derecho consuetudinario, pueden hacerlo libremente; de lo contrario, la aparición de una nueva norma consuetudinaria de derecho internacional general carecería de efectos sobre la existencia del tratado.

51. El Sr. AMADO dice que aun cuando hubiera una norma de derecho consuetudinario, nada impediría a los Estados reafirmar su acuerdo.

52. El Sr. TSURUOKA estima que el artículo 65 se ocupa de la modificación de los tratados de una manera muy general y que es imposible decir que preste más atención a un medio de modificación que a otro.

53. Cuando se llegue a la última etapa en la preparación del proyecto, quizá sea necesario señalar al Comité de Redacción cierta falta de uniformidad entre los textos francés e inglés. Por ejemplo, la palabra francesa « *application* » corresponde a veces al vocablo inglés « *operation* » (en el título de la sección VI de la parte II y en los artículos 49, 54 y 68) y a veces al término inglés « *application* » (en el título de la parte III y en el artículo 56); además, en el párrafo 5 del artículo 63 se ha traducido

la palabra inglesa « *applying* » por el vocablo francés « *exécute* ».

54. El Sr. TUNKIN está convencido de que el artículo 68 debe versar únicamente sobre la modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes al aplicarlo, práctica que evidencia el acuerdo de éstas en modificar o ampliar las disposiciones del tratado. A este respecto, está de acuerdo con el Sr. AGO.

55. Opina lo mismo que el Presidente en cuanto a la relación entre el artículo 68 y el artículo 65, que prevé un acuerdo en debida forma entre las partes; corrobora esa opinión el procedimiento establecido en los artículos 66 y 67.

56. La importancia de la práctica en el contexto del artículo 68 justificaría un artículo aparte, pero el orador se opone radicalmente a la idea de que el apartado *b* se refiere simplemente a interpretación. Ese modo de enfocarlo es peligrosísimo y pondría en peligro la estabilidad de los tratados al sembrar la duda sobre la situación jurídica de éstos una vez que existe una práctica de las partes. El Sr. de Luna ha dicho acertadamente que, por lo que se refiere a interpretación, lo que hay que examinar son las disposiciones del propio instrumento; la práctica ulterior podría estar en desacuerdo con la letra del tratado.

57. Si se conserva el apartado *b* no se deberá hacer referencia alguna a la modificación *inter se* de los tratados multilaterales a consecuencia de una práctica ulterior; en efecto, hay que proceder con mucha precaución a causa de la dificultad de determinar si ha mediado o no un verdadero acuerdo de modificación entre algunas de las partes.

58. El Sr. ROSENNE teme que un exceso de sutileza en cuestiones doctrinales pueda tener efectos adversos sobre el texto de los propios artículos. Duda de que la Comisión deba incluir en su proyecto ningún artículo acerca del controvertido problema de la relación entre el derecho consuetudinario y el derecho de los tratados. La Comisión debe procurar no ir más allá de la firme norma aprobada en la sesión anterior respecto de un tipo de derecho consuetudinario, el *jus cogens*, en el artículo 53 *bis*. En general, está de acuerdo con el Presidente en que las normas de *jus cogens* suelen proceder de la costumbre o parecen tener ese origen.

59. La segunda cuestión doctrinal planteada, particularmente por el Sr. Reuter, aunque no en términos suficientemente generales, es si se debe incluir en el proyecto un artículo sobre las normas de derecho intertemporal y, en caso afirmativo, si tal disposición podría limitarse a la incompatibilidad de los tratados en el tiempo, cuestión parcialmente regulada en el artículo 63, y si se podrían pasar por alto las incompatibilidades en el tiempo entre el derecho consuetudinario y el derecho de los tratados. Personalmente no cree que la Comisión deba tratar de formular normas de esa compleja rama del derecho en un proyecto sobre derecho de los tratados que habrá de ser examinado en una conferencia diplomática.

60. Algunos miembros han tocado otro problema, el del desuso; éste equivaldría en cierto modo a un motivo más, o causa de terminación, no previsto aún expresamente en

el proyecto de artículos. Se puede ver en el desuso de hecho o de derecho un aspecto del problema planteado por los acuerdos *inter se* para modificar un tratado. Todos los miembros de la Comisión parecen admitir que, de una manera u otra, la pérdida de actualidad y el desuso son utilizables como medio de poner término a un tratado, y con mayor razón como medio de modificarlos. Las conclusiones a que se llegue al respecto facilitarán la solución de por lo menos una de las dificultades que plantea el apartado *b*.

61. El Sr. TSURUOKA dice que, según el Sr. Yasseen y el Sr. Tunkin, el artículo 65 se refiere sobre todo a los acuerdos escritos: por consiguiente, hay que indicarlo así y en caso contrario referirse a un « acuerdo expreso o tácito ». De otro modo, la palabra « Si » que figura al principio de la segunda frase del artículo 65 carecería de sentido y debería ser suprimida. La precisión es esencial. Los artículos pueden referirse a las dos posibilidades una después de otra, o tratar la cuestión primeramente en general y luego distinguir entre ambas posibilidades en diferentes párrafos o en diferentes artículos. Si hay diferencias de interpretación en la propia Comisión, es de suponer que la situación sea mucho más confusa cuando la interpretación se haga en escala mundial.

62. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, resume el debate diciendo que, aunque se han manifestado dudas sobre diversos aspectos de los problemas planteados en el artículo 68, el debate ha servido por lo menos para aclarar la posición de los miembros. Evidentemente, son pocos los partidarios de que se conserve el apartado *a*; el orador se suma a los que opinan que bastaría con el artículo 63 si fuera posible modificarlo de modo satisfactorio.

63. Están divididas las opiniones acerca de la conveniencia de conservar el apartado *b*, el único que, a su juicio, debería mantenerse en la sección relativa a la modificación. Algunos miembros han argüido que convendría suprimirlo por completo porque la cuestión a que se refiere podría ser regulada en el artículo 69 y porque la línea divisoria entre la interpretación y la modificación por una práctica ulterior no es suficientemente clara. Por lo que respecta a los tratados bilaterales, la cuestión no es muy importante, dado que, al ser sólo dos las partes que modifican el tratado *inter se*, no tiene importancia que se considere el proceso como interpretación o como modificación. Ahora bien, cabe imaginar casos en que sea realmente imposible considerar la práctica como otra cosa que no sea modificación del tratado. Uno de esos casos es el del templo de Preah Vihear, en el cual el tratado establecía un criterio perfectamente claro para la demarcación, a saber, la vertiente que habría de aplicarse no sólo en un lugar sino en toda la línea de demarcación. En una zona determinada había habido un indudable apartamiento de tal criterio, y si ello no constituye un ejemplo de « modificación » más bien que de interpretación, habrá que deducir que las palabras ya no tienen valor alguno.

64. En todo caso, por lo que respecta a los tratados multilaterales hay que mantener una clara distinción entre modificación e interpretación. Le han impresionado los atinados comentarios del Sr. Tunkin, pero la cuestión

que ha planteado de si convendría decir algo sobre los acuerdos *inter se*, como su sugerencia de que se establezca una distinción entre las disposiciones esenciales y las no esenciales de un tratado, plantean problemas delicadísimos. Aunque comprende las razones en que se fundan esos comentarios, como redactor estima abrumadora la tarea de tratar esos puntos en el texto del apartado *b*. Ni siquiera es seguro que tal intento estuviera justificado.

65. La Comisión debe pronunciarse respecto del problema de la modificación *inter se* por práctica ulterior para que toda norma que, en su caso, se incluya en el artículo 68, esté en armonía con la disposición análoga del artículo 69. Como ya indicó en su sexto informe, hay una diferencia entre los textos de los dos artículos aprobados en 1964, y esa diferencia no es meramente accidental. Fue debida a que en el 16.º período de sesiones se dudó de que en el contexto del artículo 68 fuera procedente exigir el acuerdo de *todas* las partes para introducir por la práctica ulterior una modificación que afectase a la aplicación de un tratado multilateral.

66. La otra posición es que para modificar por práctica ulterior un tratado multilateral considerado como un todo se necesita el acuerdo de todas las partes. Ello sería compatible con la disposición sobre la enmienda de los tratados multilaterales según la cual los acuerdos *inter se* sólo son permisibles para modificar la aplicación del tratado entre las partes en el acuerdo, si se cumplen las condiciones estipuladas en el artículo 67. No ha llegado todavía a una conclusión definitiva sobre la manera o la posibilidad de resolver ese arduo problema pero cree que cabría remitirlo al Comité de Redacción para que lo examinase en relación con cuestiones generales relativas a las normas aplicables a la modificación de los tratados multilaterales.

67. Por lo que respecta al apartado *c*, está firmemente convencido de que conviene suprimirlo. Cualquiera que sea la decisión que la Comisión tome sobre la relación entre el derecho consuetudinario y el derecho de los tratados, no cabe duda de que no es procedente regularla de la manera un tanto imprecisa adoptada en el apartado *c*. En el 16.º período de sesiones, la Comisión trató de pasada el asunto sin profundizar en él, y la opinión general fue que sería más prudente no entrar en un examen general de la relación entre las diversas fuentes de derecho internacional, aunque en ciertos artículos del proyecto tal vez hubiera que tener en cuenta determinados aspectos de la cuestión.

68. Algunos miembros preferirían dejar de lado toda la cuestión de las repercusiones del derecho intertemporal sobre el artículo 68 hasta que la Comisión haya examinado la sección relativa a la interpretación. Podría apoyar ese parecer, pero a causa de la divergencia de opiniones tanto en la propia Comisión como entre los gobiernos y las delegaciones, ha llegado respecto del artículo 69 a la conclusión de que conviene prescindir del problema. Se trata de elegir entre una disposición bastante amplia o una fórmula general que no vaya demasiado lejos. Podría aplazarse el examen del apartado *c* hasta que la Comisión haya estudiado la sección sobre interpretación y hasta que se hayan dado instrucciones más claras al Comité de Redacción.

69. Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, podría remitirse el artículo 68 al Comité de Redacción.

70. El PRESIDENTE sugiere que se remita el artículo 68 al Comité de Redacción como ha puesto el Relator Especial.

Así queda acordado ⁶.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

⁶ Véase reanudación del debate en los párrafos 11 a 64 de la 876.ª sesión.

867.ª SESIÓN

Viernes 10 de junio de 1966, a las 11 horas

Presidente: Sr. Mustafa Kamil YASSEEN

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Bartoš, Sr. Briggs, Sr. Castrén, Sr. El-Erian, Sr. de Luna, Sr. Paredes, Sr. Pessou, Sr. Rosenne, Sr. Tabibi, Sr. Tunkin y Sir Humphrey Waldoock.

Derecho de los tratados

(A/CN.4/186 y adiciones; A/CN.4/L.107 y L.115)

(continuación)

[Tema 1 del programa]

ARTÍCULOS PROPUESTOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN

(continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a estudiar el texto de los artículos presentados por el Comité de Redacción.

ARTÍCULO 55 (*Pacta sunt servanda*) [23] ¹

2. El Sr. BRIGGS, Presidente del Comité de Redacción, dice que la única modificación que el Comité propone para el artículo 55 se refiere al texto inglés, cuyas palabras iniciales « *A treaty* » pasarían a ser « *Every treaty* ». No procede hacer cambio alguno en las versiones española o francesa. El texto inglés quedaría pues redactado como sigue:

« *Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.* »

3. El PRESIDENTE somete a votación el artículo 55, con la enmienda al texto inglés propuesta por el Comité de Redacción.

Por 14 votos contra ninguno, queda aprobado el artículo 55.

¹ Véase debate anterior en los párrafos 2 a 78 de la 849.ª sesión.

ARTÍCULO 56 (Irretroactividad de los tratados) [24] ²

4. El Sr. BRIGGS, Presidente del Comité de Redacción, dice que el Comité propone para el artículo 56 el nuevo título y texto siguientes:

« *Irretroactividad de los tratados*

» A menos que del tratado resulte otra cosa, sus disposiciones no obligarán a ninguna parte en relación con actos o hechos que tengan lugar ni con situaciones que hayan dejado de existir con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado con respecto a esa parte. »

5. El artículo ha quedado reducido a un solo párrafo, y se ha suprimido la disposición que figuraba en el párrafo 2 del texto de 1964 (A/CN.4/L.107) sobre la fuerza obligatoria de un tratado que haya dejado de existir.

6. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, añade que durante los debates celebrados sobre el artículo 56 en el actual período de sesiones, se ha expresado la opinión de que el párrafo 2 del texto de 1964 está estrechamente relacionado con el artículo 53, relativo a las consecuencias jurídicas de la terminación de un tratado. El Comité de Redacción, después de examinar la relación existente entre ambas disposiciones, llegó a la conclusión de que el párrafo 2 del artículo 56 era innecesario y podría dar lugar a equívocos.

7. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que no tiene nada que objetar al artículo en cuanto al fondo, pero señala que los textos francés e inglés no coinciden del todo.

8. El Sr. AGO dice que en la segunda línea del texto francés, se ha suprimido la palabra « *antérieur* » después de « *fait* ».

9. El PRESIDENTE somete a votación el texto del artículo 56 propuesto por el Comité de Redacción, a reserva de la corrección de la versión francesa.

Por 12 votos contra ninguno y 1 abstención, queda aprobado el artículo 56.

10. El Sr. BRIGGS, hablando como miembro de la Comisión, dice que se ha visto obligado a abstenerse de votar sobre el artículo 56, que va demasiado lejos al excluir actos, hechos o situaciones anteriores. Piensa sobre todo en los tratados que contienen cláusulas sobre jurisdicción, a los que ya se refirió en otras ocasiones y en particular en la 850.ª sesión ³.

ARTÍCULO 57 (Aplicación de los tratados al territorio) [25] ⁴

11. El Sr. BRIGGS, Presidente del Comité de Redacción, dice que el Comité propone para el artículo 57 el nuevo título y texto siguientes:

« *Aplicación de los tratados al territorio*

La aplicación de un tratado se extenderá a la totalidad del territorio de cada parte, a menos que del tratado resulte otra cosa. »

² Véase debate anterior en los párrafos 79 a 91 de la 849.ª sesión y 1 a 84 de la 850.ª sesión.

³ Párrafos 17 a 23.

⁴ Véase debate anterior en los párrafos 85 a 101 de la 850.ª sesión y 1 a 73 de la 851.ª sesión.