

80. El proyecto de la Comisión debe contener una norma relativa a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, a fin de que quienes participen en la conferencia de plenipotenciarios que habrá de llevar a su término la labor de la Comisión comprendan la importancia de esta cuestión y estén prevenidos contra el peligro de que se abuse de esta doctrina.

81. El Sr. AMADO declara que hasta ahora quizá no había seguido nunca un debate con tan vivo interés ni había experimentado una satisfacción tan grande al ver surgir poco a poco, libre de impurezas, la norma justa. Todos los miembros, cada uno a su modo, han hecho una útil contribución. Ahora corresponde al Comité de Redacción elegir el mejor enunciado posible y eliminar las pequeñas diferencias que subsisten entre las versiones del artículo en los distintos idiomas.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

### 835.ª SESIÓN

Jueves 20 de enero de 1966, a las 10 horas

Presidente: Sr. Milan BARTOŠ

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Briggs, Sr. Castrén, Sr. Jiménez de Aréchaga, Sr. de Luna, Sr. Pessou, Sr. Rosenne, Sr. Ruda, Sr. Tsuruoka, 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 44 (Cambio fundamental en las circunstancias) <sup>1</sup> (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a seguir examinando el artículo 44.

2. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que su posición sigue siendo muy semejante a la que expuso en 1963 cuando presentó su segundo informe. Tanto en la práctica de los Estados como en la doctrina hay demasiados indicios de la existencia de una norma o teoría de que el cambio fundamental de las circunstancias puede comprometer el mantenimiento en vigor de un tratado, para que pueda desconocerse este problema. La Comisión se vio pues ante la alternativa de declarar que no existe tal norma, o bien de intentar definirla con el suficiente rigor de modo que resulte aceptable para la codificación del derecho de los tratados. La primera solución ha de excluirse porque es evidente que no recibiría el apoyo de la mayoría de los gobier-

nos. Habiendo elegido la segunda solución, la Comisión ha cumplido en gran medida su tarea al definir estrictamente las condiciones de aplicación de la norma. Indudablemente, aún podría mejorarse la redacción del artículo 44, pero el hecho es que la Comisión dispone de un texto que aplicado de buena fe no debiera dar cabida a ningún abuso del principio *rebus sic stantibus*.

3. Algunos miembros de la Comisión han sostenido que el artículo 44 podría comprometer gravemente la estabilidad de los tratados, a menos que se incluyan en él garantías procesales consistentes en exigir que se hayan agotado todas las posibilidades de negociación, e incluso quizá una cláusula relativa a una jurisdicción obligatoria. Ve con cierta simpatía esas opiniones pero estima que no hay razón alguna para establecer requisitos procesales en el texto sustantivo del artículo 44 puesto que la Comisión no lo ha hecho así en el caso del artículo 37 relativo al *jus cogens*, que presenta un peligro mucho mayor para la estabilidad de los tratados. Indudablemente, las disposiciones del artículo 44 se prestan menos a una interpretación lata que algunos otros artículos en los que la Comisión no ha incluido ninguna garantía procesal.

4. Lo que debiera hacer la Comisión es asegurar que la aplicación de las disposiciones del artículo 44 esté vinculada a las disposiciones de procedimiento del artículo 51, para que haya las garantías necesarias contra toda aplicación puramente arbitraria de la doctrina del cambio fundamental de circunstancias.

5. La norma *pacta sunt servanda* impide de por sí que un Estado, obrando de buena fe, abuse de las disposiciones del artículo 44. El proyecto de artículos sobre derecho de los tratados está destinado a ser una convención internacional, y la aplicación de ésta de buena fe constituiría una garantía más contra todo abuso.

6. Es casi imposible impedir que un Estado aplique el derecho de manera arbitraria dando a la norma jurídica una interpretación que otros consideran inadmisibles. En el estado actual del derecho internacional, la protección no puede ser completa. A este respecto, la situación del artículo 44 no difiere de la de otros artículos ni en verdad de la de otros elementos del derecho internacional.

7. La formulación estricta del texto del artículo tiene por objeto reducir los peligros que presenta la doctrina adoptada. Todos los miembros han estado de acuerdo en que debe redactarse el texto del modo más estricto posible para precisar bien que toda aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* ha de ser excepcional.

8. En cuanto a la redacción del artículo, observa que la mayoría de los miembros de la Comisión han aceptado la idea de fusionar los dos primeros párrafos del texto de 1963 y de prescindir así del antiguo párrafo 1, cuyo objeto era destacar el carácter excepcional del recurso a la noción de cambio fundamental de circunstancias. Se ha estimado que la ventaja de orden sicológico así obtenida no compensaba la falta de elegancia que entraña el repetir en el párrafo de introducción lo que ya se declara como norma en el párrafo siguiente.

9. El Comité de Redacción ha decidido ahora que la serie de artículos a que pertenece el artículo 44 sea for-

<sup>1</sup> Véase 833.ª sesión a continuación del párr. 48, y párr. 49.

mulada negativamente. En el texto de 1963, el párrafo 1 declara que una parte podrá alegar el cambio de circunstancias «como razón para poner término al tratado o para retirarse de él únicamente en las condiciones previstas en el presente artículo», mientras que el párrafo 2 precisaba las condiciones de la aplicación del párrafo 1. Si la norma se redactara ahora negativamente, los párrafos 1 y 2 podrían refundirse en uno solo en el cual se declarase que un cambio fundamental de circunstancias «no podrá alegarse como razón para poner término al tratado... a menos que». Esta formulación tendría toda la fuerza ya lograda con la presentación de 1963 en dos párrafos.

10. Acepta la sugerencia del Sr. Ago, de que se traslade a la frase inicial del párrafo 1 la idea expuesta en el apartado *c* si bien, al menos en lo concerniente al texto inglés, no puede haber duda de que las condiciones establecidas en los párrafos *a*, *b* y *c* son acumulativas; en el contexto jurídico inglés las disposiciones de esos tres apartados nunca podrían interpretarse como disyuntivas. Así, el párrafo 1 puede redactarse de nuevo como sigue:

Un cambio fundamental ocurrido en cuanto a las circunstancias, o a un hecho o estado de cosas, existentes en el momento de la celebración del tratado y que no hubiera sido previsto en el tratado no podrá alegarse por una parte como causa para poner término al tratado o retirarse de él, a menos que:

A ello seguirían los apartados *a* y *b*. Esta formulación tendría la ventaja de separar las condiciones de los apartados *a* y *b* permitiendo al propio tiempo el deseado efecto acumulativo.

11. Las diversas sugerencias hechas con respecto a las palabras «hecho o estado de cosas», así como la propuesta de incluir la palabra «circunstancias» podrían remitirse al Comité de Redacción. Comprende la finalidad de la propuesta del Sr. Tunkin, pero entiende que si se emplea sólo la palabra «hecho», será menester darle una interpretación muy estricta para mantener el rigor de la norma.

12. En el apartado *a*, la palabra «esencial» es a su juicio fundamental para evitar interpretaciones abusivas. Limitándose a decir que el hecho o estado de cosas constituye una «base» del consentimiento de las partes se daría a las disposiciones del artículo un alcance excesivo.

13. En el apartado *b*, la inserción del término «permanentes» parece haber sido generalmente aprobada. Ese adjetivo resuelve en cierto modo la cuestión planteada por el Sr. Verdross sobre el párrafo 2 respecto de la distinción entre cláusulas ejecutadas y ejecutorias o por ejecutar de un tratado.

14. No admite que la finalidad del párrafo 2 sea excluir los tratados ejecutados y por ello no puede aceptar el cambio de redacción propuesto por el Sr. Verdross. La finalidad del párrafo 2 es excluir de la aplicación del artículo a los tratados referentes a fijación de fronteras. El motivo de tal exclusión no es que las disposiciones de esos tratados hayan sido «ejecutadas» sino que los tratados de ese género se encaminan a crear una situación

estable. Sería incongruente con la naturaleza misma de esos tratados supeditarlos a la regla *rebus sic stantibus*. En un reciente caso de arbitraje, el Sr. Ruda y el propio orador se enfrentaron con problemas suscitados por un tratado de fronteras que tenía una antigüedad de más de medio siglo; a ambos les sería muy difícil admitir que un tratado de ese género pueda ser considerado como ejecutado y terminado por completo.

15. La cuestión de determinar qué tratados están comprendidos en la excepción enunciada en el párrafo 2 es principalmente una cuestión de hecho. En caso de arreglos territoriales puede ocurrir que las disposiciones del tratado hayan sido completamente ejecutadas, pero que ulteriormente surjan problemas acerca de la interpretación o de la aplicación de una obligación estipulada en el tratado.

16. Naturalmente, es difícil definir los tratados comprendidos en la excepción del párrafo 2. Algunos miembros de la Comisión han sugerido que bastaría referirse a los tratados que fijasen fronteras. Sin embargo, esa fórmula suscitaría ambigüedad; la expresión «fijar una frontera» tiene un sentido tan preciso de delimitación efectiva de fronteras que excluye los casos de cesión de una isla como la de Heligoland.

17. Ha sugerido insertar en el artículo 44 un párrafo semejante al párrafo 3 de su nuevo texto del artículo 43, estipulando que la parte que haya violado un tratado y originado con ello un cambio de circunstancias no podrá alegar tal cambio como causa de terminación. Un gobierno ha indicado que la exclusión debería aplicarse a toda parte que hubiere contribuido al cambio de circunstancias, pero el orador no ha querido ir tan lejos. En todo caso, su propuesta no ha sido objeto de muchas observaciones en la Comisión y quizá habrá de ser examinada por el Comité de Redacción.

18. Por último, ha presentado a la Comisión una propuesta para la inclusión en el artículo 44 de un párrafo acerca de la compensación equitativa por enriquecimiento indebido, semejante al párrafo 4 de su nuevo texto del artículo 43; sin embargo, personalmente no propugna su adopción. La cuestión de si tal disposición ha de insertarse en el proyecto de artículo y ha de aplicarse tanto al artículo 43 como al 44 habrá de ser quizá examinada cuando la Comisión estudie el artículo 53 acerca de las consecuencias jurídicas de la terminación de un tratado.

19. El Sr. VERDROSS, con objeto de eliminar el equívoco que parece haber surgido entre él y el Relator Especial, aprueba la idea básica del nuevo texto del párrafo 2. Lo que quiso decir es que los tratados que fijan fronteras o traspasan territorios no son los únicos a los que no puede aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus*.

20. En términos generales, opina que la cláusula no puede invocarse respecto de tratados ya totalmente ejecutados, pero nunca ha dicho que los tratados totalmente ejecutados dejen de ser válidos; por el contrario, subsisten como tales tratados y pueden surgir controversias sobre su interpretación.

21. El PRESIDENTE considerará, si no hay objeciones, que la Comisión acuerda remitir el artículo 44 al

Comité de Redacción para que lo estudie teniendo en cuenta el debate.

*Así queda acordado*<sup>2</sup>.

ARTÍCULO 45 (Superveniencia de una nueva norma imperativa de derecho internacional general)

*Artículo 45*

*Superveniencia de una nueva norma imperativa de derecho internacional general*

1. Un tratado se hará nulo y quedará extinguido cuando se estableciere una nueva norma imperativa de derecho internacional general como la indicada en el artículo 37 y el tratado fuere incompatible con esa norma.

2. En los casos a que se refiere el artículo 46, si únicamente determinadas cláusulas del tratado fueren incompatibles con la nueva norma, sólo esas cláusulas pasarán a ser nulas. (A/CN.4/L.107, pág. 41.)

22. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el artículo 45 para cuyo párrafo 2 el Relator Especial propone un texto modificado que dice:

Si únicamente determinadas cláusulas del tratado fueran incompatibles con la nueva norma y se dieran las condiciones mencionadas en el párrafo 1 del artículo 46, sólo esas cláusulas serán nulas. (A/CN.4/183/Add.3, página 24.)

El Relator Especial propone también que en la segunda línea del párrafo 1 se sustituye la palabra «cuando» por «si».

23. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que no ha habido observaciones detalladas sobre el artículo 45 y que los gobiernos que las han hecho se han limitado a remitirse a las que habían formulado a propósito del artículo 37 y a reiterar las dificultades inherentes a la norma de *jus cogens*.

24. El Sr. Liu ha presentado por escrito algunas observaciones referentes tanto al artículo 37 como al 45 y que concuerdan con las de algunos gobiernos.

25. El párrafo 2 trata del problema de la divisibilidad. La Comisión ha establecido una diferencia entre el artículo 37 y el 45, ya que permite la divisibilidad en éste, pero no en aquél. Aun en el caso de que la Comisión decida en definitiva tratar del problema de la divisibilidad en un solo artículo, habrá motivos poderosos para mantener el párrafo 2 a fin de subrayar la diferencia entre esos dos artículos.

26. En cuanto al párrafo 1, solamente propone leves cambios de redacción: sustituir la palabra «cuando» por «si», para poner de relieve que la norma se aplica a un caso de índole excepcional. La palabra «cuando» podría dar la impresión de que los casos previstos ocurren de ordinario.

27. Ha mantenido la expresión «Un tratado se hará nulo», para atender los deseos de la Comisión. Sin embargo, algunos gobiernos han señalado que la expresión era poco feliz pues lo resultante es un caso de nulidad

cuyos efectos estudia el artículo 53, sobre las consecuencias jurídicas de la terminación de un tratado, y no el 52, relativo a las consecuencias jurídicas de la nulidad de un tratado. Por su parte, preferiría una fórmula distinta para exponer los efectos de que sobrevenga una nueva norma de *jus cogens*. A su parecer, lo previsto en el artículo 45 es que la ejecución del tratado resulte contraria al derecho internacional y, por consiguiente, el tratado quede extinguido.

28. El Sr. YASSEEN opina que debe mantenerse el artículo 45. En 1963 la Comisión estimó unánimemente que la nulidad prevista en el artículo era una nulidad *ex nunc* y por ello prefirió el término «cuando» al término «si». No obstante, el orador acepta la nueva versión, pues cree que las palabras «se hará nulo» bastan para indicar que la nulidad no es retroactiva. Si los Estados no han cometido ninguna irregularidad al celebrar el tratado, pero sobreviene una norma imperativa incompatible con el tratado, éste no puede ser nulo *ab initio*.

29. Nada tiene que objetar en cuanto al fondo del párrafo 2, relativo a la divisibilidad. El principio de divisibilidad no se admite cuando el tratado sea nulo *ab initio* como contrario a una norma de *jus cogens* existente en el momento de su celebración, caso previsto en el artículo 37, pero sí debe admitirse cuando la norma de *jus cogens* surja después de la celebración del tratado. No obstante, como la Comisión se propone abordar todo el problema de la divisibilidad en un artículo aparte, no hay motivo alguno para hacer una excepción al sistema sólo en lo concerniente al artículo 45. Puesto que las disposiciones sobre la divisibilidad se han suprimido provisionalmente de todos los artículos que se ocupan de la nulidad o la terminación de los tratados, debe eliminarse el párrafo 2 hasta que se efectúe un estudio completo de todo el problema a propósito del artículo 46.

30. El Sr. CASTRÉN reitera la propuesta de refundir los artículos 37 y 45, que hizo durante el debate sobre el artículo 37, y confía en que el Comité de Redacción la tenga en cuenta.

31. Acepta el cambio de forma que para el párrafo 1 propone el Relator Especial, pero quisiera que también se mejorase la disposición en cuanto al fondo. Cree excesivo declarar que un tratado será nulo si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general. El tratado ha tenido validez hasta que ha cambiado el derecho internacional. Ahora bien, un instrumento declarado nulo es en general nulo *ab initio*. Al parecer, el Gobierno de los Estados Unidos sustenta la misma opinión, como puede verse en el quinto informe del Relator Especial. El informe dice también que la delegación de El Salvador sugirió en la Sexta Comisión de la Asamblea General que el texto español del artículo empezase por las palabras «Un tratado se extingue cuando», sin mencionar la nulidad (A/CN.4/183/Add.3, pág. 23). La propia Comisión, en el párrafo 2 de su comentario al artículo 45 aprobado en 1963, ha dicho que la norma «no anula el tratado, sino que prohíbe que continúe su ejecución»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Véase reanudación del debate en los párrs. 38 a 57 de la 842.<sup>a</sup> sesión.

<sup>3</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, pág. 246.

32. En vista de ello y con objeto de simplificar el párrafo 1, propone el nuevo texto siguiente:

1. Un tratado quedará extinguido si es incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general como la indicada en el artículo 37, que sobrevenga después de que el tratado haya entrado en vigor.

33. Quizá no sea verdaderamente necesario el párrafo 2, ya que el artículo 46 puede regular toda la cuestión de la divisibilidad. No obstante, si la Comisión prefiere mantener ese párrafo, el orador propone que se sustituyan las palabras «serán nulas» por la palabra «caducarán».

34. El Sr. AGO entiende que la expresión «se hará nulo» indica claramente que la nulidad de que se trata es una nulidad *ex nunc*. Si algunos miembros de la Comisión estiman que la nulidad, por su propia naturaleza, es necesariamente *ex tunc*, sería preferible añadir que el tratado «quedará extinguido», evitando así toda ambigüedad.

35. El Sr. VERDROSS propone que se sustituya en el párrafo 1 la frase «una nueva norma imperativa de derecho internacional general como la indicada en el artículo 37» por las palabras «una nueva norma que tenga carácter de *jus cogens*». La disposición sería así más sencilla y más clara y tendría la ventaja de prescindir del adjetivo «imperativa» que es pleonástico puesto que toda norma es imperativa.

36. El Sr. AGO dice que la palabra francesa «*impératif*» denota algo que no admite derogación; quizá el adjetivo empleado en otros idiomas no tenga exactamente el mismo sentido, pero en cada uno de ellos debe emplearse el término que sea usual.

37. El Sr. de LUNA se opone a la propuesta del Sr. Castrén de refundir los artículos 37 y 45 por la misma razón que apoya la opinión de aquél en cuanto al fondo del artículo. El caso previsto en el artículo 45 es el de la terminación o la extinción del tratado que ha estado en vigor válidamente. La aparición de una nueva norma de *jus cogens* impide que se siga aplicando el tratado. Es un caso de imposibilidad jurídica del objeto del tratado, paralela a la del artículo 43, en que se ha hecho materialmente imposible la ejecución de aquél.

38. Desde ese punto de vista, las situaciones previstas en los artículos 37 y 45 son radicalmente diferentes y deberían por consiguiente ser objeto de distintos artículos. En el caso previsto en el artículo 37, el tratado es nulo *ab initio*; en el caso del artículo 45, un tratado cuyo objeto original era perfectamente lícito se extingue posteriormente a consecuencia de la aparición de una nueva norma de *jus cogens* que hace jurídicamente imposible el objeto del tratado.

39. Coincide con el Sr. Yasseen en que el problema de la divisibilidad debe tratarse en un artículo de carácter general y que por consiguiente debe suprimirse el párrafo 2.

40. No concibe que la palabra «imperativa» pueda expresarse en idioma alguno la idea de una norma constitucional. Como ya indicó en el debate sobre el artículo 37

(A/CN.4/SR.828, párr. 35), el *jus cogens* puede definirse exactamente con los términos utilizados por el Sr. Bartoš en 1963 como «la superestructura de la comunidad internacional y es resultado de la evolución de la sociedad internacional»; y «es el mínimo de normas de conducta necesario para que las relaciones internacionales sean posibles»<sup>4</sup>. Ese mínimo de normas procede de la conciencia de la comunidad internacional en determinado momento de su evolución histórica.

41. Por todo ello, es menester exponer completamente las consecuencias de una norma de derecho internacional que tenga carácter de *jus cogens*.

42. El Sr. AMADO apoya la propuesta del Sr. Verdross encaminada a suprimir la palabra «imperativa». El sentido del párrafo 1 no quedaría alterado por este cambio, ya que la referencia al artículo 37 indica claramente que se trata de una norma *jus cogens*.

43. El Comité de Redacción debería examinar con detenimiento si conviene mantener las expresiones «se hará nulo» y «quedará extinguido».

44. El Sr. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA declara que la Comisión ha obrado con acierto al mantener separadas las disposiciones de los artículos 37 y 45. El caso a que se refiere el artículo 37 determina la nulidad, mientras que el previsto en el artículo 45 lleva aparejada la terminación.

45. El concepto consignado en el artículo 45 es nuevo en el derecho internacional, pero no en la ciencia jurídica. Desde hace tiempo los países poseedores de una constitución rígida conocen bien el problema de la incompatibilidad entre el derecho constitucional y las disposiciones legislativas. En esos países se distingue entre los casos en que una ley entra en conflicto con una norma preexistente del derecho constitucional y los casos en los que una ley resulta estar en conflicto con una norma de derecho constitucional adoptada con posterioridad; el tribunal constitucional de Italia y los tribunales constitucionales o las cortes supremas de algunos países de América Latina han trazado una clara distinción entre los efectos del conflicto de leyes en los dos casos mencionados. Cuando una ley ha sido aprobada con violación de una norma constitucional preexistente, es inválida porque, al aprobarla, el poder legislativo ha obrado *ultra vires*. Por el contrario, si una ley resulta estar en conflicto con una norma subsiguiente de derecho constitucional, se trata de un caso de derogación. Dado que una disposición legislativa queda automáticamente revocada por la ulterior promulgación de una ley incompatible con ella, con tanta mayor razón quedaría revocada al aprobarse ulteriormente una norma de derecho constitucional con la que estuviera en conflicto.

46. Por esas razones está de acuerdo en que es impropia la expresión «se hará nulo» empleada en el párrafo 1, el cual debiera decir simplemente que el tratado quedará extinguido. Los efectos de la superveniencia de una nueva norma de *jus cogens* se describen de modo adecuado en la versión francesa con las palabras «*prend fin*»: el tratado llega a su término.

<sup>4</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. I, pág. 81, párr. 33.

47. En cuanto al párrafo 2, estima que la cuestión de la divisibilidad debe tratarse en conjunto. Es posible que, cuando pase a examinar el artículo 46, la Comisión compruebe que los artículos relativos al *jus cogens* presentan ciertas características peculiares que justifican una referencia especial a la divisibilidad.
48. El Sr. TUNKIN dice que la superveniencia de una norma imperativa en el caso previsto en el artículo 45 tendrá un efecto análogo al que produce en la situación a que se refiere el artículo 37. La diferencia estriba en que, en el primer caso, el efecto será *ex nunc*, según denota muy claramente el texto aprobado en el 15.º período de sesiones, cuyo sentido difícilmente podría interpretarse de otro modo.
49. Debe mantenerse la referencia al artículo 37 porque ese artículo aclara lo que se entiende por norma imperativa.
50. Como la Comisión no ha decidido todavía acerca de las disposiciones que se habrán de insertar sobre la divisibilidad, debiera aplazarse el examen del párrafo 2.
51. El Sr. BRIGGS declara que si la superveniencia de una nueva norma imperativa tiene el efecto de invalidar un tratado *ex nunc*, ello puede contrariar un tanto las esperanzas de las partes y destruir un relación jurídica que era válida al celebrarse el tratado. Esa consideración puede haber impulsado al Gobierno de los Estados Unidos a interpretar el artículo 37 en el sentido de que tiene efecto retroactivo. A juicio del orador, también hay un elemento de retroactividad en el párrafo 2 del artículo 53.
52. Como indicó en el curso de los debates sobre el artículo 37, las normas de *jus cogens* enunciadas en los artículos 37 y 45 constituyen, en ausencia de una jurisdicción internacional obligatoria, una amenaza para la estabilidad de los tratados.
53. El PRESIDENTE, interviniendo como miembro de la Comisión, dice que ésta tropieza con un problema de terminología debido a que, inevitablemente, cada cual procura adaptar al derecho internacional conceptos que a veces son peculiares al sistema de derecho interno de su propio país.
54. La expresión «se hará nulo» es clara. Pero según la teoría y la jurisprudencia de muchos Estados, el acto jurídico declarado nulo se considera que no ha existido nunca y sólo se admiten algunos de sus efectos. En el caso a que se refiere el artículo 45, la intención de la Comisión es que no se impugne la existencia de un tratado, pero que éste cese de producir sus efectos *ex nunc*.
55. Análogamente, el empleo del adjetivo «imperativa» obedece a que en los sistemas jurídicos derivados del derecho romano y del derecho francés una norma imperativa es una norma que nunca se puede derogar. Ahora bien, la Comisión ha querido precisamente destacar que la nueva norma a que se refiere el artículo 45 es una norma de carácter universal que no puede ser objeto de derogación alguna. En ciertos sistemas jurídicos, y en particular en el derecho administrativo germano, se distingue entre normas imperativas y permisivas.
56. La Comisión debería señalar en sus comentarios a los artículos las dificultades que plantea el empleo de ciertas expresiones. Tal vez tenga tendencia a expresar sus ideas en términos excesivamente lacónicos, y haría bien en aclarar las cosas para evitar falsas interpretaciones.
57. El artículo 45 plantea también la cuestión de las medidas transitorias. Si se agregaran al artículo disposiciones relativas a dichas medidas, el efecto de la aparición de una nueva norma de *jus cogens* podría quedar aplazado indefinidamente. Al propio tiempo es indudable que, en la práctica, los Estados procurarán introducir ajustes para hacer frente a situaciones excepcionales.
58. El Sr. VERDROSS suscribe las observaciones del Presidente acerca de los problemas de terminología. La Comisión debe recordar que su proyecto está destinado a convertirse en una convención universal que deberá ser traducida a muchos idiomas. Por tanto, debe escoger términos que sean comprendidos por todos y que puedan traducirse.
59. El Sr. ROSENNE, refiriéndose a las observaciones del Presidente sobre los problemas de terminología, dice que al Comité de Redacción le resulta ya difícil preparar textos concordantes en tres idiomas y que no se puede esperar que examine problemas de traducción a otros idiomas. Todo lo que cabe esperar es que exprese con la mayor claridad posible las normas en los artículos mismos y que incorpore a los comentarios cuantas explicaciones sean necesarias.
60. A su juicio, el aspecto transitorio de la situación que surgiría con la superveniencia de una nueva norma imperativa queda previsto en las palabras «se hará nulo y quedará extinguido».
61. Es partidario de que se mantengan dos artículos separados sobre el *jus cogens*, pero reconoce que la distinción entre el artículo 37 sobre la nulidad *ab initio* y el artículo 45 sobre la nulidad subsiguiente puede conseguirse destacando el hecho de que este último trata principalmente de la terminación. Una manera de lograrlo consistiría en suprimir del párrafo 2 del artículo 53 la referencia a un tratado que ha pasado a ser nulo.
62. Aparte de la sugerencia del Relator Especial de sustituir «cuando» por «si», no debiera modificarse la redacción del párrafo 1 del artículo 45.
63. No le inquieta mucho el problema del efecto retroactivo en lo que respecta a los artículos 37 y 45, ya que la cuestión quedará debidamente resuelta por las normas generales del derecho intertemporal en su aplicación a la interpretación de los tratados.
64. El Sr. AMADO dice que la palabra «imperativa» figura acertadamente en el artículo 37, pero si en el artículo 45 se habla de «una nueva norma imperativa de derecho internacional general como la indicada en el artículo 37», el lector se preguntará si existen normas imperativas de un género distinto del de las indicadas en el artículo 37. El adjetivo «imperativa» no sólo es superfluo en el artículo 45 sino que además induce a confusión.

65. El Sr. RUDA estima que deben mantenerse las palabras iniciales del texto del párrafo 1 adoptado en 1963, a saber «Un tratado se hará nulo y quedará extinguido». En efecto, el tratado no desaparece por el hecho de que sobrevenga una nueva norma de *jus cogens*; lo que ocurre es que esa nueva norma hace que el tratado sea nulo y, por consiguiente, se extinga.

66. Comparte el parecer del Sr. Amado respecto del empleo de la palabra «imperativa». Ciertamente es que tanto en el artículo 45 como en el 37 la noción que se trata de expresar es la de orden público. El artículo 37 parte de la hipótesis de que en el derecho internacional actual existen normas fundamentales de orden público internacional a las que no puede sustraerse ningún Estado, ni siquiera mediante acuerdo con otro Estado. Esta idea, que es clara para los juristas formados en la tradición del derecho romano, se refleja bien en la palabra inglesa «*peremptory*», pero no así en la palabra «imperativa». El texto en su forma actual da la impresión, como ha dicho el Sr. Amado, de que existen normas de derecho internacional general que no son imperativas, lo cual encierra una contradicción pues todas las normas de derecho internacional, como las de cualquier otro derecho, son imperativas precisamente porque son normas de derecho.

67. En este contexto, lo que quiere decirse es que hay ciertas normas de orden público a las que las partes no pueden sustraerse. La diferencia de terminología y de concepción entre el sistema jurídico romano y el anglosajón crea una dificultad que puede no obstante superarse con la sencilla solución propuesta por el Sr. Verdross, de hacer referencia en ese párrafo a «una norma que tenga carácter de *jus cogens*».

68. En cuanto al párrafo 2, cree, como el Sr. Yassen, que conviene aplazar su estudio hasta que la Comisión se ocupe del artículo 46, relativo a la divisibilidad de las disposiciones de un tratado.

69. El Sr. YASSEEN dice que, en francés, la expresión «norma imperativa» denota una norma de *jus cogens*. Todas las normas jurídicas son obligatorias, pero no todas son imperativas. En el artículo 37, la Comisión ha dado una definición completa del *jus cogens*, norma imperativa de derecho internacional que no admite excepción alguna. El artículo 37 consta de dos partes: una en la que se dice que la norma es imperativa y otra, descriptiva a juicio de unos y sustantiva a juicio de otros, en la que se dice que dicha norma no admite excepción alguna. Por consiguiente, cuando en el artículo 45 dice que un tratado quedará anulado y extinguido al establecerse una nueva norma imperativa de derecho internacional general como la indicada en el artículo 37, se hace referencia a las dos partes del artículo 37. Desde el punto de vista práctico, eso es todo lo que quiere decir la Comisión.

70. Por lo que respecta a la opinión de que en el artículo 45 debería mencionarse únicamente la terminación del tratado, cree que es preciso concretar la causa de esa terminación, que es en realidad la nulidad. Indudablemente, el tratado incompatible con una norma de *jus cogens* es nulo. Sería equivocado desde luego omitir toda

referencia a la nulidad por el mero hecho de que ésta siempre sea *ab initio*. De todos modos, aun cuando algunos creen que la nulidad es siempre *ab initio*, la Comisión prepara un proyecto de convención y puede perfectamente decir que, en ese caso concreto, la nulidad no es *ab initio* y no surte efecto *ex tunc*, sino únicamente *ex nunc*. Esta conclusión se desprende claramente del texto del artículo que empieza con las palabras «Un tratado se hará nulo y quedará extinguido...». Por ello hay que conservar el texto de 1963 si es que se quiere expresar claramente el concepto de *jus cogens*, cuyos efectos reconoce la Comisión en el derecho de los tratados.

71. Para el Sr. AGO el problema es bien sencillo; como ya ha dicho, en cada idioma debe emplearse el término habitual para expresar lo que se desea. Evidentemente, en el texto francés habrá que emplear la palabra habitual «*impérative*», y en inglés la palabra «*peremptory*»; no sin razón ha evitado la Comisión emplear la palabra inglesa «*imperative*». De todos modos, para disipar equívocos la Comisión podría utilizar en el artículo 45 exactamente la misma fórmula que en el artículo 37, suprimiendo la expresión «como la indicada en el artículo 37», que perjudica el buen estilo. En tal caso, el párrafo 1 del artículo 45 diría sencillamente «una nueva norma imperativa de derecho internacional general que no admitiere excepción alguna».

72. El Presidente ha estado acertado al señalar a la atención de la Comisión el problema de fondo y las observaciones de los juristas que reprochan a la Comisión un texto demasiado escueto y de difícil aplicación, crítica en la que al parecer concurren varios gobiernos, el de los Estados Unidos entre ellos. Ni en la colectividad ni en el orden jurídico internacional existe un legislador capaz de modificar de la noche a la mañana las normas del código civil y decidir que tal o cual norma pase a ser imperativa. Una norma imperativa empieza a configurarse en un momento dado, pero sólo mucho más tarde llega a quedar «establecida» como tal.

73. Por otra parte, varios miembros de la Comisión opinan que el artículo debería aclarar en lo posible que la nulidad interviene solamente a partir del momento en que queda establecida la norma imperativa. En consecuencia, tal vez conviniera invertir la frase; el orador propone al Comité de Redacción el texto siguiente:

De sobrevenir una nueva norma imperativa de derecho internacional general que no admita excepción alguna, todo tratado existente que sea incompatible con esa norma pasará a ser nulo y llegará a su término a partir del momento en que la nueva norma quede establecida.

La expresión «De sobrevenir» denotaría el largo proceso que supone el establecimiento de una norma imperativa, y la expresión «quede establecida» indicaría la conclusión de dicho proceso.

74. El Sr. de LUNA, refiriéndose a la expresión «norma imperativa», dice que todo precepto jurídico ordena y lo que se opone al *jus cogens* es el *jus dispositivum*. Claro está que hay normas más imperativas que otras, que constituyen el *jus cogens*. Sería más atinado y correcto suprimir la referencia al artículo 37 y definir en el ar-

título 45 la norma de *jus cogens* exactamente igual que se define en el artículo 37.

75. Jamás ha sostenido que la nulidad surta siempre efecto *ex tunc*. Hay diversas clases de nulidad: la absoluta, la relativa, la que puede declararse de oficio y la que sólo puede declararse a instancia de parte y por consiguiente nunca surte efecto *ex tunc* sino solamente *ex nunc*. La Comisión debe por tanto escoger una fórmula clara y el artículo debe ser remitido al Comité de Redacción.

76. El Sr. TUNKIN dice que la redacción propuesta por el Sr. Ago presenta ciertos inconvenientes. En primer lugar se aparta considerablemente de la estructura general del artículo 37, y en segundo lugar no hace a éste referencia alguna. En el debate sobre ese artículo estuvo la Comisión en general de acuerdo en que se lo debería examinar junto con el artículo 45 para evitar toda posibilidad de equívoco, por lo que es menester que aquél haga referencia a éste.

77. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, reconoce la utilidad del debate desarrollado sobre un artículo tal vez más complejo de lo que en un principio se pensaba. Si se consideran juntamente los artículos 37 y 45, no quedará lugar a equívocos sobre su significado. Algunos gobiernos han deplorado que la Comisión, después de distinguir entre nulidad y terminación, haya confundido ambos conceptos en los artículos 52 y 53, pero este defecto puede subsanarse mejorando la redacción del texto. Tal vez en algunos puntos haya que sacrificar la elegancia del estilo en aras de la claridad, para mostrar la relación entre los artículos 37, 45, 52 y 53. La palabra «imperativa» no es indispensable en el artículo 45, pero atrae la atención del lector. Tal vez pueda pedirse al Comité de Redacción que estudie la conveniencia de mantenerla o de suprimirla. La referencia al artículo 37 es desde luego necesaria porque vincula los dos artículos.

78. También conviene pedir al Comité de Redacción que estudie la observación hecha por el Presidente sobre la conveniencia de incluir las disposiciones transitorias que puedan ser necesarias con motivo de la supervenencia de una nueva norma de derecho internacional general, ya que tal vez tengan razón los que dicen que el enunciado de la norma es demasiado lacónico. El nuevo texto sugerido por el Sr. Ago parece encaminado a suavizar el proyecto en ese sentido y a tranquilizar a los Estados que temen que la norma sea demasiado imprecisa, en vista de la dificultad de saber cuándo ha quedado establecida la nueva norma imperativa.

79. Por lo que respecta a la refundición de los artículos 37 y 45, habrá notado el Sr. Castrén que la mayoría de los miembros son partidarios de mantenerlos separados, opinión que el orador comparte sin reservas, pues de lo contrario podría producirse una grave confusión.

80. El PRESIDENTE propone que se remita el artículo 45 al Comité de Redacción con las diversas propuestas formuladas al respecto.

*Así queda acordado*<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Véase reanudación del debate sobre el artículo 45 en la 842.<sup>a</sup> sesión.

### Disposiciones para el 18.º período de sesiones

81. El PRESIDENTE dice que el Sr. Rosenne ha sugerido que, de conformidad con una propuesta presentada a la Asamblea General y aprobada por ésta, la Comisión decida desde ahora que su período de sesiones de verano tenga una duración de doce semanas, quedando entendido que podrá acortarse si no fuera necesario tanto tiempo.

82. El Sr. VERDROSS no se opone a que el período de sesiones de verano dure doce semanas si la Comisión dispone de los fondos necesarios, aunque él tal vez no pueda asistir a todas las sesiones.

83. El PRESIDENTE propone a la Comisión que decida que su período de sesiones de verano durará hasta el 22 de julio de 1966.

*Así queda acordado.*

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

### 836.<sup>a</sup> SESIÓN

*Viernes 21 de enero de 1966, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Milan BARTOŠ

*Presentes:* Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Briggs, Sr. Castrén, Sr. Jiménez de Aréchaga, Sr. de Luna, Sr. Pessou, Sr. Reuter, Sr. Rosenne, Sr. Ruda, Sr. Tsuruoka, Sr. Tunkin, Sr. Verdross, Sir Humphrey Waldock y Sr. Yasseen.

### Organización de los trabajos

1. El PRESIDENTE dice que la Mesa de la Comisión se ha reunido por la mañana y ha adoptado las siguientes recomendaciones:

a) que en vista de la imposibilidad de que en el presente período de sesiones se terminen de examinar todos los artículos de la parte II del proyecto, la Comisión no pase del artículo 51;

b) que el Comité de Redacción acelere sus trabajos y se reúna con más frecuencia, y que la Comisión celebre sesiones más breves para dar al Comité el tiempo necesario;

c) que el segundo Vicepresidente, Sr. Paul Reuter, sustituya al Relator General, Sr. Elias, que se halla ausente, para preparar el proyecto de informe de la Comisión en su presente período de sesiones;

d) que los artículos adoptados en el presente período de sesiones se incluyan en el informe sin los comentarios y que éstos sean insertados cuando se prepare el informe definitivo de la Comisión sobre el proyecto de artículos de derecho de los tratados;