

EL SENTIDO Y EL ALCANCE DE LA NORMA "PACTA SUNT SERVANDA" *

I

Por el Dr. Josef L. KUNZ, profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Toledo (Ohio, Estados Unidos de Norteamérica).
Traducción del Lic. Santiago Oñate.

La norma ¹ "pacta sunt servanda", ² que ha constituido "desde tiempo inmemorial el axioma de la ciencia del Derecho Internacional" ³ y que

* Publicado en inglés en la revista *American Journal of International Law*, vol. 39, N° 2, abril de 1945. Debidamente autorizada por el autor la publicación de esta traducción.

1 Como referencias: *Research in International Law under the auspices of the Harvard Law School*, Parte III, *Law of treaties*, en esta misma Revista; Vol. 29 (1935) Suplemento, y las obras ahí citadas (pp. 671-685).— Para literatura reciente, Vid. voz "traités" en *Dictionnaire de L'Académie Diplomatique Internationale*, Vol. II, pp. 954-970 y Vol. III, pp. 208, (sin numerar); F. Araguez, *El tratado como negocio jurídico*, Madrid 1933; H. Kraus, *Système et fonctions des traités internationaux*. París, 1935 (Academia de La Haya de Derecho Internacional, *Rec. des Cours*, 1934, Vol. II, pp. 317-399); A. F. Frangulis, *Théorie et pratique des traités internationaux*, París, 1938; A. D. McNair, *The Law of Treaties: British Practice and Opinions*. Nueva York, 1938; H. Kelsen, *Contribution a la théorie des traités internationaux*, en la *Rev. Intern. de la Théorie du Droit*, Vol. X (1936), pp. 253-292, y *El Contrato y el Tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. México, 1934.

2 M. de Taube, *L'inviolabilité des traités*, en *Rec. des Cours*, 1930, Vol. II, pp. 295-387; J. B. Whitton, *La règle pacta sunt servanda* (en el mismo, 1934), Vol. II, pp. 151-276, y en la *Rev. de Der. Int.*, Vol. XVIII (1936), pp. 440-480 y en el *Int. Concil*, 1935, N° 317, pp. 395-430; H. Baur, *Der Grund satz pacta sunt servanda im heutigen Völkerrecht*, Marburgo, 1934; H. Kaira en *Acta Scandinavica Juris Gentium*, Vol. VII (1936), pp. 39-67.

3 De Taube, *locus cit.*, p. 295.

muy rara vez ha sido negada en principio⁴ es indudablemente una norma positiva del Derecho Internacional. Ahora bien, el sentido de esta norma ha suscitado controversias.

La mayoría de los autores subrayan el término "*servanda*." Una escuela sostiene que los tratados "son siempre obligatorios," mientras que otra nos dice que la norma sólo puede significar que los tratados válidos son obligatorios.⁵

Algunos escritores de esta segunda escuela objetan que la norma aparece como "deux ex machina", dado que el Derecho Internacional no establece reglas para la validez de los tratados internacionales.⁶ Otros escritores, en cambio, afirman que no todos, sino sólo algunos tratados, obligan; que la norma admite "excepciones"; o nos hablan también de la *relatividad de la regla pacta sunt servanda*.⁷

Pero si el sentido de la regla es únicamente que los tratados válidos obligan, entonces, se dice, la norma sólo es una fórmula especial del axioma general que establece que se debe obedecer la ley.⁸ De aquí no hay más que un paso hasta sostener que la regla "*pacta sunt servanda*" simplemente dice que la ley es válida⁹ y que, consiguientemente, resulta una tautología.¹⁰ Al querer determinar el sentido de este principio, se llega al siguiente dilema: O todo lo que aparece como tratado es válido; o solamente los tratados válidos obligan. Esto último es, en verdad, una tautología ya que el atributo característico de toda norma jurídica es su obligatoriedad. Pero la conclusión a que algunos llegan de que nuestra norma ("*pacta sunt servanda*") carece de significación, no es justificable. Lo

4 Maquiavelo, Spinoza (para las ideas de este pensador relativas al Derecho Internacional), Cf. Verdross en *Zeitschrift für öffentliches Rech*, Vol. VII (1927), pp. 100 y ss.; H. Lauterpacht en Br. Y. B. I. L., Vol. VIII (1927), pp. 89-107. Cf. igualmente Shamasastry R., *Kantiliya's Arthasastra*, Mysore, 1923 (2ª Ed.).

5 Recientemente: Ed. Vitta, *La validité des traités internationaux*, La Haya, 1940, pp. 29-30; véase también Ulpiano de *pactis*: Dig. II, 14,7 Code civil français, Art. 1134. Pubs. of the P. C. I. J., Ser. B., No. 10, p. 20: ("*A state which has contracted valid international obligations, is bound...*")

6 Así J. L. Brierly, *The Law of Nations*, Oxford, 1936 (2a., Ed.), p. 208. F. Pflüger, *Die einseitigen Rechtsgeschäfte im Völkerrecht*, Zürich, 1936, pp. 20-21.

7 En este sentido G. Scelle, *Précis de Droit des Gens*, Vol. II, París, 1934, p. 336.

8 Así Whitton, Rec. des Cours, 1934, Vol. II, p. 218. Inequivocamente Bourquin dice: "*Pacta sunt servanda n'est qu'une forme particulière d'un principe plus vaste, d'un principe qui s'applique à toutes les normes: dans la mesure de sa compétence spatiale et temporelle, la loi doit être obéie universellement et continuellement*"; *Règles générales du droit de la paix*. Rec. des Cours, 1931, Vol. I, pp. 5-229, y p. 80.

9 En este sentido Baumgarten, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Berna, 1939, p. 27. W. Schiffer, *Die Lehre vom Primat des Völkerrechts in der neueren Literatur*, Viena, 1937, pp. 183, 185, 188.

10 Así H. Heller, *Die Souveränität*, p. 132.

que ocurre es que precisa entender correctamente el sentido de esa norma. Todo ordenamiento jurídico regula por sí mismo la creación de sus propias normas. La regla "pacta sunt servanda" es una norma consuetudinaria de Derecho Internacional general; es precepto constitucional de rango superior, que establece un procedimiento especial para la creación de normas de Derecho Internacional, a saber, el procedimiento de los tratados.¹¹

El Derecho Internacional puede ser creado por la costumbre,¹² o por los tratados. Estas normas creadas por los tratados, al igual que las cláusulas de un contrato en Derecho privado,¹³ tienen su fundamento jurídico de obligatoriedad, no en la manifestación concorde de voluntades de los Estados, sino en la norma superior "pacta sunt servanda", que establece que la manifestación concorde de voluntades de los Estados debe crear, a través del procedimiento de los tratados, normas válidas de Derecho Internacional. Al contrario de lo que hacen las dos escuelas señaladas, las cuales subrayan el concepto *servanda*, nosotros creemos que debe subrayarse el concepto *pacta*.

II

Para entender acertadamente el problema del principio "pacta sunt servanda", es necesario eludir una confusión que frecuentemente se advierte en la literatura sobre este tema, la cual tiene origen en el hecho de que el vocablo "tratado" se usa en forma equívoca: algunas veces para significar el procedimiento en virtud del cual se crea la ley contenida en el tratado, y otras, para dar a entender las mismas normas del tratado creadas merced a este procedimiento.¹⁴

El significado de nuestra norma consiste en el establecimiento por el Derecho Internacional general de un procedimiento —los tratados— para la creación de normas de Derecho Internacional. El problema sobre el alcance de estas normas es la cuestión de hasta qué punto las normas crea-

11 Este punto de vista ha sido claramente visto por P. Chailley: "Le traité est la procédure constitutionnelle suivant laquelle sont créées des normes juridiques communes à plusieurs États" (*La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, París, 1932, p. 331). En el mismo sentido, los dos trabajos de Kelsen citados antes en la nota No. 1.

12 El hecho de que el Derecho Internacional pueda también ser creado por la costumbre hace que la afirmación que dice que la norma *pacta sunt servanda* es la norma fundamental del Derecho Internacional sea insostenible. Esta tesis, originalmente defendida por Kelsen y Verdross, hace mucho tiempo ha sido abandonada por ambos; pero aún es aceptada por Anzilotti.

13 *Carnegie v. Morrison*, Corte Suprema de Massachusetts, 1841, 2 Metc. 381.

14 Esta distinción la subraya claramente Chailley, opus cit., Nota 11, p. 123; y también Kelsen en sus dos trabajos ya citados.

das por los tratados son válidas. Desde este punto de vista no tiene importancia determinar si los tratados son del tipo llamado "contractual" o del tipo llamado "legislativo". Porque la diferencia real entre estos dos tipos¹⁵ no estriba en que los primeros no creen normas jurídicas en tanto que los segundos sí lo hagan; antes bien, la verdadera diferencia se finca en que el primero (tratado "contractual") crea exclusivamente normas individuales y concretas, en tanto que el segundo (tratado "legislativo") crea normas generales y abstractas.

Hasta el presente, todo el Derecho Internacional general es Derecho consuetudinario. Los tratados, sean contractuales o legislativos, crean sólo normas de Derecho Internacional particular. El Derecho Internacional actual está descentralizado en un alto grado, no sólo por lo que toca a su origen, sino también por lo que se refiere a su esfera espacial y personal de validez: pocas normas vinculan, y esto en forma relativa, a todos los miembros de la comunidad internacional. La mayor parte del Derecho Internacional actual es Derecho Internacional particular, creado por los tratados. Esta ley de los tratados tiene su fundamentación jurídica en la norma de Derecho Internacional general *pacta sunt servanda*.

La validez de las normas creadas por los tratados, al igual que la de todas las normas jurídicas, está condicionada por la existencia de un orden jurídico, del cual forman parte, en virtud de un acto legítimamente creador de normas, y gracias a la ausencia de cualquier hecho capaz de extinguir esas mismas normas. Así como la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece normas de procedimiento en virtud de las cuales la ley federal de rango inferior —estatutos— puede ser creada y abolida, así similarmente corresponde al Derecho Internacional general señalar los principios del procedimiento por el cual pueden ser creadas las normas que dimanen de los tratados, o en virtud del cual se pueden extinguir esas mismas normas. Pretendo dar un breve esbozo teórico de estos dos problemas y tratar, al final de este estudio, algunas cuestiones generales, también teóricas, relativas a la validez y extinción de los tratados.

III

Por lo que atañe al acto creador de la norma, las condiciones de validez del tratado como procedimiento¹⁶ son primordialmente de carácter pro-

15 Son fundamentales las observaciones de Kelsen ("Contribution", p. 260. "Contrato", pp. 11-14, 25-36).

16 Vid. la literatura señalada en la nota 1. Vitta, opus cit. en la nota 5 G. Connoul, "Des conditions de validité des traités internationaux", Toulouse, 1911;

cesal, y establecen la forma cómo debe manifestarse el acuerdo de voluntades de los contratantes. Estas condiciones de validez se refieren a la capacidad de las partes, a la competencia de los órganos que las representan, al consentimiento, a la forma y a la conclusión del tratado. Pero el Derecho Internacional, además, puede formular principios en relación con el contenido de los tratados.

La primera condición para la validez del tratado, considerado como acto, es que se realice entre partes que de acuerdo con el Derecho Internacional tengan capacidad para celebrarlo. Esta capacidad es actualmente conferida por el Derecho Internacional principalmente a los Estados soberanos, es decir, a las comunidades internacionales que están sometidas al Derecho Internacional directa, inmediata y exclusivamente; y también a la Santa Sede, a ciertas confederaciones de Estados, a la Sociedad de las Naciones, etc. Algunas comunidades pueden tener competencia para celebrar tratados restringidos en cuanto a su duración, o limitada a la celebración de determinados tratados.¹⁷ En consecuencia, los tratados convenidos entre partes que no tienen facultades para celebrarlos de acuerdo con el Derecho Internacional, no crean normas válidas;¹⁸ por el contrario, los tratados celebrados por Estados soberanos, que contravengan las restricciones que les han sido impuestas por otros tratados, aún cuando sean ilegales, son sin embargo válidos.¹⁹

Debe distinguirse entre el problema de la capacidad de las partes y el de la competencia del órgano que celebra el tratado. Es, desde luego, el Derecho Internacional quien debe determinar cuáles puedan ser estos órganos. Algunas veces el Derecho Internacional señala en forma directa cuáles son, como sucede en el caso de la competencia de los comandantes militares en el campo de batalla para celebrar tratados de armisticio o de capitulación. Análogamente, un tratado fundamental, como la Convención Postal Universal, puede autorizar a órganos de la Unión para celebrar tratados de un determinado carácter.

J. H. W. Verzijl, "*La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*", Rev. de Der. Int. Vol. XV (1935), pp. 284-339; M. Houlard, *La nature juridique des traités internationaux et son application aux théories de la nullité, de la caducité et de la révision des traités*, Burdeos, 1936; A. Verdross, *Völkerrecht* Berlín, 1927, pp. 80-90.

17 Tal es el caso de la India, como miembro de la Sociedad de las Naciones, y de los insurgentes reconocidos como beligerantes.

18 Así los tratados celebrados con los jefes de las tribus de nativos.

19 Mencionaremos también la cuestión de los tratados celebrados con Estados vasallos o sujetos a protección.—Vid. el Tratado de Paz entre Bulgaria y Servia de 1886, el tratado Sudán-Anglo-Egipcio de Enero 19 de 1899; en el caso del tratado Anglo-Tibetano, del 7 de septiembre de 1904, China protestó y la Gran Bretaña, como respuesta, celebró con China la Convención del 27 de abril de 1906.

En términos generales el Derecho Internacional incipiente de nuestros días no tiene órganos legislativos propios. Sin embargo tiene otros órganos, complejos, integrados por los propios órganos de los Estados; y el Derecho Internacional general delega en cada Estado la facultad de determinar dichos órganos por medio de la Constitución de éste. Los requisitos constitucionales, entre los cuales se comprenden ciertos trámites como la ratificación parlamentaria,²⁰ son de relevancia internacional para la validez de los tratados,²¹ porque el Derecho Internacional contiene un reenvío a la Constitución particular de los Estados. Sin embargo, según el principio de la efectividad el reenvío se refiere a la Constitución efectiva.²² Es debido a eso que, por ejemplo, los llamados "convenios ejecutivos" ("executive agreements")²³ son, desde el punto de vista internacional, tratados válidos.

Consiguientemente, los tratados no son válidos si el órgano que los celebró era totalmente incompetente o no tenía facultades de acuerdo con la Constitución, o bien si al celebrarlos ejecutó un acto de exceso de autoridad.²⁴ Hay otros muchos problemas interesantes, que tendré que limitarme tan sólo a mencionar. ¿Puede dicha invalidez ser invocada únicamente por la otra parte o por ambas? ¿Pueden estos tratados ser confirmados? ¿Se purga su vicio con la ejecución parcial o por el hecho de que el tratado, durante un largo tiempo, sea acatado? ¿En este último supuesto, puede negarse a un Estado la acción de invocar la invalidez del tratado?²⁵

20 En relación con este problema las opiniones se dividen, al menos, en cuatro distintas escuelas: la primera distingue entre la validez interna y la validez internacional de un tratado; la segunda sostiene que rige exclusivamente el Derecho interno; una tercera escuela, intermedia, sostiene que los tratados son nulos si los preceptos del Derecho Constitucional han sido "manifiestamente" violados. Todas estas doctrinas son inaceptables, puesto que el tratado o es válido o es nulo, y las condiciones de validez de un tratado sólo pueden ser establecidas por el Derecho Internacional. La cuarta doctrina que sostiene que el Derecho Constitucional es totalmente irrelevante desde el punto de vista internacional (Anzilotti, Verzijl, Vitta) está en contradicción con el Derecho positivo internacional.

21 Es por esto por lo que el Art. I de la Convención de La Habana sobre Tratados de 1928, no es otra cosa que la repetición de un precepto del Derecho Internacional general positivo.

22 La cuestión de la validez del Tratado sobre Fronteras celebrado entre Colombia y Perú en 1922-1928, en el Conflicto de Leticia. (Vid. P. Lapradelle, Rev. de Der. Int., XI (1933), pp. 185-209.

23 H. M. Catudal: "Executive Agreements, a Supplement to the Treaty-making Procedure", George Washington Law Review, Vol. X, (Abril 1942), pp. 265-669.

24 Así sucede con un convenio político celebrado por comandantes militares en tiempo de guerra.

25 McNair, opus cit., nota 1, pp. 38-44.

El Derecho además debe establecer reglas con relación al consentimiento,²⁶ de las partes. Viene aquí en cuestión un error substancial y excusable relativo a los elementos fundamentales del tratado. Es asimismo principio reconocido universalmente el de que un tratado puede ser invalidado cuando ha mediado dolo de parte de alguno de los contratantes. Pero el error y el dolo no invalidan un tratado automáticamente. Para que lo anulen tienen que ser invocados por la parte perjudicada; y sólo ella puede invocarlos. Un tribunal internacional no estimaría esos vicios *ex officio*.

También está unánimemente admitido que la violencia,²⁷ ejercitada contra la persona titular del órgano, da derecho a la parte perjudicada para invocar la invalidez del tratado. Pero mientras que la cuestión de los efectos de la violencia, empleada contra un Estado, es tema de controversia en la literatura sobre la materia, en cambio, en Derecho positivo internacional, los tratados impuestos por la fuerza son válidos,²⁸ con lo que

26 B. Shatsky, *La validité des traités*, Rev. de Der. Int., Vol. XIII (1933), p. 545; Scialoja, *I vizi di volontà nelle leggi e nei trattati internazionali*, Riv. Dir. Pubblico, 1929, p. 4; H. Weinschel, *Willensmängel bei völkerrechtlichen Verträgen*, "Zeitschrift für Völkerrecht", Vol. XV (1930), p. 446; Atassy, *Les vices de consentement dans les traités internationaux à l'exclusion des traités de paix*, Ginebra, 1930; J. Tomistch, *La reconstruction du droit international en matière des traités*, París, 1931; W. Pasching, *Allgemeine Rechtsgrundsätze über die Elemente der völkerrechtlichen Verträge*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. XIV (1934), pp. 26-61.

27 Roth, *Zwang beim Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen*, 1923; Scialoja, *Violenza, errore, e dolo nei trattati internazionali*, *Scritti... in onore di A. Salandra*, 1928, p. 25; Golbs Wilms, *Erzwungene Staatsverträge*, 1933; Zanten, *Over verdragen totstandgekomen onder den invloed van deang*, *Rechtsgeleert Magazijn*, 1934, p. 97; A. Cavaglieri, *La violenza como motivo di nullità dei trattati*, Riv. Dir. Int. Vol. XXVII (1935), pp. 4-23; A. Verdross, *Anfechtbare und nichtige Staatsverträge* *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. XV, (1935), p. 289; F. Bleiber, *Aufgezwungene Verträge im Völkerrecht*, *Zeitschrift für Völkerrecht*, Vol. XIX (1935), pp. 385-402; P. Schön, *Erzwungene Friedensverträge*, ídem, Vol. XXI (1937), pp. 420-440; H. Widmer, *Der Zwang im Völkerrecht*, Leipzig, 1936; Moigliano, *In tema di vizi di volontà e di trattati imposti con violenza*, Turín, 1938.

28 Scelle, al sostener la validez de los tratados impuestos por la fuerza, quiere privarlos de su carácter de tratados. De acuerdo con él un tratado impuesto por la fuerza no es un tratado, sino un acto legislativo unilateral del vencedor; la firma del vencido no es sino el reconocimiento auténtico de la mayor fuerza del vencedor; el tratado de paz como acto unilateral del vencedor entra en vigor merced a la *hypothèse de la resignation du bien vaincu* (Rec. des Cours, 1933, Vol. IV, p. 675; *Théorie Juridique de la revision des traités*, París, 1936, pp. 44, 56, 58; *Précis de Droit des Gens*, Vol. II, París, 1934, pp. 339, 343). Esta tesis ha sido admitida por Brierly (Rec. des Cours, 1936, Vol. IV, p. 208). La tesis es inaceptable. La verdad es que los tratados impuestos por la fuerza son válidos de acuerdo con el Derecho Internacional de hoy en día que es un sistema primitivo; en tanto que son nulos en sistemas jurídicos más avanzados (Cf. Dig. 4, 2, *quod metus*). En Derecho privado el vicio de la violencia fue reconocido gradualmente en una época avanzada (cf. para Derecho privado, Williston, *The Law of Contracts*, Nueva York, 1920, Vol. III, p. 2828); su desarrollo no ha terminado en nuestros días (Cf. J. Guizell, *Duress by economic pressure*, en N. C. Law Review, Vol. XX, No. 3 (abril 1942).

se hace patente de nuevo el carácter primitivo del Derecho Internacional de hoy en día.

La doctrina de los juristas y, hasta cierto punto, la práctica de los Estados,²⁹ en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, ha acusado la tendencia de considerar la violencia como un vicio. La doctrina procede, principalmente, reviviendo la distinción entre fuerza justificable y fuerza injustificable. En un sentido más restringido, se sostiene que los tratados de paz impuestos por la fuerza son en general válidos y que sólo son nulos cuando la coacción es ilegal. En un sentido más lato, la resolución de la Sociedad de las Naciones, de 11 de marzo de 1932, la llamada Doctrina Stimson de no reconocimiento y resoluciones similares, tienden a distinguir entre coacción legal e ilegal. Pero prácticamente, en Derecho positivo internacional, rige la norma de la validez de los tratados impuestos por la fuerza.

El Derecho Internacional general no estatuye formalidades especiales para los tratados;³⁰ pueden, por consiguiente celebrarse no sólo por escrito, sino por telegrama, por teléfono, por radiograma, oralmente y hasta por medio de símbolos.

Por lo que atañe al procedimiento para la celebración del tratado,³¹ en general hay tres etapas: 1ª negociación, 2ª firma y 3ª, ratificación y cambio o depósito de las ratificaciones.

Por lo que toca a los tratados sujetos a ratificación, ésta (y el cambio o depósito de las ratificaciones) es condición *sine qua non* para su validez.³² La ratificación debe ser incondicionada y abarcar al tratado entero. No hay obligación jurídica de ratificar un tratado firmado por los plenipotenciarios de un país,³³ salvo, naturalmente, el caso en que un Estado esté obligado por un tratado a ratificar otro tratado.³⁴ El tratado puede estipular que ciertas cláusulas se cumplirán con antelación a la

29 El art. I del Tratado entre Rusia y Turquía del 16 de marzo de 1921, dice: "Ninguna de las partes contratantes reconocerán los tratados que le sean impuestos por la fuerza a la otra parte".

30 El Derecho Internacional particular puede preceptuar la forma escrita: La Convención de La Habana sobre Tratados de 1928, art. II.

31 Makowski, *Théorie et technique de la confection des actes internationaux*, Varsovia, 1921; B. Herzog, *Der Begriff der Ratifikation un die Bedeutung seiner Technik für das Völkerrecht*, Kiel, 1929; F. Dehousse, *La ratification des traités*, París, 1935, F. O. Wilcox, *The ratification of international conventions*, Londres, 1935.

32 Convención de La Habana sobre Tratados, 1928, art. V.

33 *Idem*, art. VII.

34 Tratado de Paz de Versalles, arts. 93, 534.

ratificación; ³⁵ un tratado plurilateral puede contener una cláusula que prescriba que entrará en vigor después del depósito de un cierto número de ratificaciones o después de las ratificaciones de ciertos signatarios.

Un tratado está sujeto a ratificación si el documento mismo así lo estipula o si los poderes de los que lo negocian contienen esta condición; pero además existe una presunción general que establece la necesidad de la ratificación, excepto cuando se ve claramente que el tratado no está sujeto a ratificación. No se necesita ratificación: cuando los negociadores están expresamente autorizados para concluir el tratado; en el caso de los tratados militares celebrados por los comandantes en tiempo de guerra; en el caso de los tratados que antiguamente celebraban los monarcas absolutos; y, recientemente, los celebrados entre los dirigentes de Estados totalitarios; ³⁶ igual acontece con los tratados en los cuales se estipula que no estarán sujetos a ratificación; y con los acuerdos ejecutivos ("executive agreements"), salvo que éstos determinen lo contrario.

En relación con los tratados plurilaterales, debemos mencionar los problemas especiales de la adhesión ³⁷ y las reservas. ³⁸

El Derecho Internacional general no contiene preceptos concernientes al registro o publicación del tratado como condición para su validez; pero el Derecho Internacional particular de cada Estado puede establecer dichas reglas. ³⁹

En cuanto al contenido de los tratados, el Derecho Internacional general faculta a los Estados para celebrar tratados sobre cualquier asunto. Este es el principio general; pero surge el problema de determinar si

35 Convenio de Marruecos, Madrid, julio 3 de 1880; Martens, N. R. G. p. 624, art. XI, párrafo 1; Tratado celebrado entre Alemania y las URSS, Rapallo, 16 de abril de 1922, art. VI (Liga de las Naciones, Treaty Series, Vol. XX (1923), pp. 247-249); Convención relativa al régimen de los estrechos (idem, Vol., CLXXIII), pp. 215-241).

36 Algunos de estos tratados recientes, como el celebrado entre Alemania y la URSS., Tratado sobre fronteras Germano-Soviético, de 10 de enero de 1941, preceptúan (art. IV), que el tratado entra en vigor en el momento de su firma, pero que está sujeto a ratificación (New York Times, enero 11 de 1941, p. 8). El significado jurídico de la ratificación en estos casos parece dudoso.

37 Schaber, *Der Beitritt zu völkerrechtlichen Verträgen*, Würzburg, 1937.

38 K. Scheidtmann, *Der Vorbehalt beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge*, Berlín, 1939; W. Sanders, "Reservations to multilateral treaties", en esta Revista, Vol. XXXIII (1939), pp. 488-499.

39 Así el art. XVIII de la Convención. Véanse, aparte de los comentarios sobre la Convención, Adatci-de Visscher en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. XXX (1923), p. 47; C. Sevens, *Le régime nouveau des traités internationaux*, Gante, 1925; König, *Volksbefragung und Registrierung beim Völkerbund*, Leipzig, 1927; *Stieger en Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. VII, (1928), p. 227; F. Dehousse, *L'enregistrement des traités*, Lieja, 1929; Keydel en Rev. de Dr. Int. (Sattile), Vol. IX (1931), pp. 141-160; Schwab, *Die Registrierung der internationalen Verträge beim Völkerbund*, Berna, 1932; L. Reitzer en Rev. Gen. Dr. Int. Pub. Vol. XI (1937), pp. 76-89.

el Derecho Internacional general estatuye restricciones sobre los contenidos de los tratados válidos.

La imposibilidad anula los tratados. Un tratado puede ser ineficaz o nulo en virtud de ilegalidad de su contenido, principalmente si éste viola una norma de rango superior del Derecho Internacional general o particular, que constituya "*jus cogens*". El problema de la invalidez de los tratados ocasionada por la inmoralidad de sus cláusulas (*pacta contra bonos mores*), al igual que la violencia, ha ocupado un lugar prominente en la doctrina durante el período comprendido entre las dos guerras mundiales.⁴⁰ Los autores antiguos sostenían el principio de la invalidez de los *pacta turpia* basándose en la ley natural o en el principio, también de *jus naturae*, de los derechos esenciales de los Estados.⁴¹ Dicho fundamento iusnaturalista ha sido adoptado por escritores modernos;⁴² sin embargo, en términos jurídicos la cuestión constituye solamente un caso especial de invalidez de los tratados derivada de la ilegalidad de su contenido. La invalidez de los tratados por causa de la inmoralidad de su contenido no puede fundarse jurídicamente en un sistema metajurídico como la Ética, sino solamente en una norma del Derecho positivo internacional "*juri-cogentis*".⁴³

IV

Si las condiciones que establece el Derecho Internacional para el procedimiento de los tratados han sido cumplidas, el "tratado", tomado este vocablo en la segunda de sus acepciones, es decir como conjunto de normas, entra en vigor.

El problema de la esfera temporal de validez del tratado se refiere al momento de iniciación y al de terminación de su obligatoriedad. Las normas creadas por los tratados entran en vigor en el momento en que concluye el procedimiento para perfeccionarlos; y permanecen vigentes en

40 M. Fröhlich, *Die Sittlichkeit in völkerrechtlichen Verträgen*, Zurich, 1924; Bradner, *Pacta contra bonos mores im Völkerrecht*, *Jahrbuch der Konsularakademie zu Wien*, 1937, p. 33; A. Verdross en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. XV (1935), pp. 289-299, y Vol. XVI (1936), pp. 79-86; también, *Trattati contra bonos mores*, en *Riv. di Dir. Int.* 1937, pp. 3-11 y "*Forbidden Treaties in International Law*", en *American Journal of International Law*, Vol. 31 (1937), p. 571.

41 M. Ohmann, *Dissertatio de pactis sub conditions turpi*, Upsala, 1770; E. Vattel, *Le Droit des Gens*, París, 1758, Libro LII, Cap. XII, párrafo 160 y Libro LIV, Cap. IV, párrafo 36.

42 G. Scelle en *Rec. des Cours*, 1933, Vol. IV, 448; Salvioi, *Ídem*, p. 75.

43 Asf Oppenheim, quien asegura existe una norma consuetudinaria de Derecho Internacional general a este respecto: *International Law*, 4a. Ed. (Ed. McNair), Vol. I, pp. 713-714.

tanto que no sobrevenga algún hecho o acto extintivo,⁴⁴ de los admitidos por el Derecho Internacional.

Ante todo, el Derecho Internacional general, establece que ciertos factores no influyen en la validez vinculatoria de las normas derivadas de un tratado: cambios de Gobierno, de Constitución o de territorio de las partes, siempre que éstas continúen siendo las mismas en el sentido admitido por el Derecho Internacional.⁴⁵ La suspensión del tratado originada, v. g., por la guerra o por el no reconocimiento de un gobierno extranjero, simplemente priva temporalmente de vigencia al tratado, pero deja intacta su validez vinculatoria.

Por lo que se refiere a la terminación de la validez de las normas creadas por el tratado, Chailley ha insistido en el *principe de l'acte contraire*; pero esta teoría es demasiado estricta, porque el tratado puede extinguirse, no sólo por mutuo disenso, sino también de otra manera, por determinación del Derecho. La única fórmula jurídicamente correcta es la que sostiene que las normas creadas por un tratado son obligatorias en tanto en cuanto no sobrevenga ningún hecho o acto, que, de acuerdo con el Derecho Internacional, cause la cesación de su validez.⁴⁶

Conforme al Derecho Internacional, las normas que dimanen de un tratado cesan de obligar, ora por acuerdo de las partes, ora por disposición de la ley. Tocante a la primera forma podemos distinguir: los hechos que tienen la virtud de abolir el tratado, según las estipulaciones de las partes, contenidas en el mismo tratado; y el posterior disenso mutuo.

Los tratados terminan automáticamente por la expiración del período de tiempo para el cual se convino el tratado, habida cuenta de lo dispuesto por los artículos que establezcan renovación tácita o expresa (es también posible que las partes, antes del vencimiento del plazo, acuerden que continúe en vigor el tratado); también, por la realización de una condición resolutoria pactada; o por extinción derivada de acto de tercero, si así lo prevé el tratado.⁴⁷ Las normas del tratado también pueden

44 Véanse escritos recientes, además de la literatura ya citada: J. L. Brierly en *Transactions of the Grotius Society*, Vol. XI (1926), p. 11; A. D. McNair: *La termination et la dissolution des traités*, *Rec. des Cours*, 1928, Vol. II, p. 463; M. Perlowski, *Les causes d'extinction des obligations internationales contractuelles*, Vevey, 1928; H. J. Tobin, *The termination of multipartite treaties*, Nueva York, 1933.

45 Kiatiban, *Conséquences juridiques des transformations territoriales des Etats sur les traités*, París, 1892; L. Larivière, *Des conséquences des modifications territoriales des Etats sur les traités antérieurs*, París, 1892.

46 En este sentido, G. Balladore Pallieri, *Diritto Internazionale Pubblico*, Milán, 1938 (2a. Ed.), p. 137.

47 Art. VIII del Tratado de Locarno de 1925.

extinguirse por denuncia unilateral si así se convino. Comúnmente este derecho de denuncia se concede a todos los contratantes; pero también es jurídicamente posible que dicho derecho sea concedido exclusivamente a una de las partes. Los tratados plurilaterales frecuentemente prescriben que la denuncia de uno de los contratantes no afecta la obligatoriedad que tienen las normas del tratado para todas las demás partes.

El tratado también se extingue por disenso mutuo. Este denominado *acte contraire* puede consistir en una mera abrogación del tratado, sin que se substituya por un segundo tratado —la llamada rescisión—; puede consistir también en la celebración de un nuevo tratado que expresamente abrogue al anterior; o en la celebración, por las mismas partes, de un tratado que sea incompatible con el primero, aún cuando el tratado nuevo no abrogue expresamente al anterior. Las partes tienen derecho para abrogar, por mutuo disenso, un tratado antes del vencimiento de su término, y para abrogar un tratado celebrado a perpetuidad.⁴⁸ El principio de que el consentimiento de todas las partes es necesario se aplica también a los tratados plurilaterales,⁴⁹ salvo que se haya pactado otra cosa. La renuncia de la parte beneficiada, en un tratado entre dos Estados, y no sinalagmático, es sólo un caso especial de extinción por consentimiento mutuo, ya que se requiere la aceptación de la renuncia.

Además de lo dicho, los tratados pueden extinguirse automáticamente, independientemente de la voluntad de las partes, por disposición del Derecho: desaparición de una de las partes como Estado en la acepción que a este concepto da el Derecho Internacional, cuando se trata de un tratado bilateral; extinción del objeto del tratado; imposibilidad de cumplimiento sobrevenido posteriormente;⁵⁰ oposición de las cláusulas del tratado a posteriores normas del Derecho Internacional particular o general, siempre que la norma posterior sea de rango superior y *juris*

48 En sentido contrario: Kelsen, *Contrato*, Opus. Cit. p. 74.

49 M. Sorensen, *The modification of collective treaties without the consent of all contracting parties (Acta Scandinavica Juris Gentium)*, Vol. IX (1938, pp. 150-173). En lo relativo a la abrogación de la neutralidad permanente de Bélgica realizada por el Tratado de Versalles, en el cual no figuraron ni Rusia ni Holanda, cf. Le Roy, *L'abrogation de la neutralité de la Belgique*, 1923; H. Tobin en esta Revista, Vol. XXVI (1932), p. 514; Moscato, *Le sorti della neutralizzazione belga dopo la guerra*, en *Riv. di Dir. Int.*, Vol. XXII (1930), pp. 379-395, 526-541, y Vol. XXIII (1931), pp. 54-66, 199-215.

50 La imposibilidad física permanente y sobreviniente, como motivo para la extinción de los tratados, debe ser diferenciada de la imposibilidad inicial, la cual constituye un motivo de invalidez del tratado.

cogentis; ⁵¹ *desuso*; ⁵² en algunos casos por la guerra, ⁵³ o por vía de represalia. ⁵⁴

Finalmente, el tratado puede terminar por obra del Derecho, solicitada por una de las partes. Dentro de este grupo de causas, encontramos la rescisión por incumplimiento de una de las partes ⁵⁵ y la aplicación del principio *rebus sic stantibus*. ⁵⁶

La violación del tratado realizada por una de las partes no afecta la validez del mismo, ni para el culpable, ni para el inocente; éste último puede insistir en el cumplimiento del tratado, puede aplicar sanciones o recurrir a represalias y tiene la facultad de reclamar indemnización de daños y perjuicios. Además es igualmente claro que hay una norma de Derecho Internacional positivo, según la cual, la parte inocente tiene, en forma optativa y a su albedrío, el derecho de rescindir el tratado fundándose en violación previa del mismo realizada por la otra parte. En este caso, el tratado no termina en forma automática, sino tan sólo cuando la parte inocente hace uso de su derecho para rescindirlo; derecho que debe ser ejercitado dentro de un término razonable, computado desde el momento en que el tratado ha sido violado.

El problema de la cláusula *rebus sic stantibus* —debe hacerse hincapié en ello— es igualmente un problema de Derecho positivo y, en consecuencia, distinto del problema político que implica la revisión de los tratados. La cláusula *rebus sic stantibus* no es de ninguna manera una excepción a la norma *pacta sunt servanda*. No es, finalmente, privativa del Derecho Internacional, pues existe en el Derecho interno. ⁵⁷

51 Art. XX de la Convención: H. Lauterpacht, *The Covenant as "Higher Law"*, in Br. Y. B. I. L., 1936, pp. 54-65.

52 Yuille Shortridge & Co. (Gran Bretaña vs. Portugal) en Lapradelle —*Politis, Recueil des Arbitrages Internationaux*, Vol. II, 1932, p. 105; J. L. Kunz, "Observations on the de facto revision of the Covenant", en *New Commonwealth Quarterly*, Vol. IV (1938), pp. 131-143.

53 Recientemente: J. L. Kunz, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, Viena, 1935, pp. 4144; L. Erades, *De invloed van oorlog op de geldigheid van verdragen*, Amsterdam, 1938.

54 Por otra parte, la ejecución total de un tratado no es una razón jurídica para la terminación de su validez jurídica, a pesar de la opinión contraria de muchos autores. Vid. K. Hofbauer, *L'execution, cause d'extinction du traité international*. Rev. de Dr. Int. XX (1937), pp. 92-103.

55 Woolsey, en esta Revista, Vol. XX (1926), pp. 345-353; G. Wackernagel, *Zur Lehre von der einseitigen Aufhebung völkerrechtlicher Verträge*, 1926.

56 De los ensayos recientes, Vid., T. Young Huang, *The doctrine of rebus sic stantibus in international law*, Shanghai, 1935. Ch. Fairman, "Implied resolutive conditions in treaties", en esta Revista, Vol. XXIX (1935), pp. 219-236; Fusco, *La clausola rebus sic stantibus nel diritto internazionale*, Nápoles, 1936; C. Lipartiti, *La clausola rebus sic stantibus*, Milán, 1938.

57 L. Pfaff, *Die Clausel rebus sic stantibus in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung*, Stuttgart, 1898; M. Herzfeld, *Die Stellung der clausola rebus sic stan-*

La cuestión relativa a esta cláusula (*rebus sic stantibus*) estriba en determinar si existe en Derecho positivo internacional un precepto de acuerdo con el cual el cambio de circunstancias puede originar la terminación —no la modificación, ni la suspensión— de las normas de un tratado.⁵⁸ Por lo general, se reconoce que si, al celebrarse un tratado, ciertas circunstancias han sido tomadas en consideración por las partes como presupuesto para la continuación de las obligaciones asumidas, un cambio esencial en dichas circunstancias puede producir la terminación del tratado. El problema ulterior relativo a precisar los efectos jurídicos del cambio sustancial de elementos, que no han sido tomados en consideración por las partes, es un asunto controvertido. Aun cuando esta cuestión no puede ser examinada aquí con detalle, es teóricamente importante declarar que la base jurídica para la extinción de los tratados no puede ser la “naturaleza de las cosas”, ni ningún otro argumento metajurídico, sino exclusivamente una disposición positiva del Derecho Internacional.

V

La validez inicial de los tratados depende de la validez del procedimiento seguido para su creación —la existencia de un acto creador de la norma—. La validez continuada, de las normas creadas por el tratado, depende de la ausencia de un acto o hecho jurídico capaz de extinguir el tratado. Los dos problemas, aún cuando ambos sean *de lege lata*, de Derecho positivo, son diferentes. Sin embargo, suscitan dudas comunes, las cuales nos proponemos investigar en forma teórica.

Como el Derecho Internacional positivo tiene que establecer reglas para la validez inicial y para la validez continuada de las normas creadas por el tratado, el primer problema que surge es el de las fuentes jurídicas del tratado, consideradas en cuanto a estos dos aspectos.

La primera fuente, incuestionablemente, es el Derecho consuetudinario internacional, al cual pertenece la misma norma *pacta sunt servanda*. La segunda fuente la constituyen los tratados. A menudo los tratados mismos contienen disposiciones concernientes a la capacidad de las partes contratantes, a la ratificación, a las reservas, a su duración, a su denuncia, a

tibus in bugerlichen Gesetzbuch, Greifswald, 1917. Acerca de las nulidades en Derecho privado, véase Fairman, opus cit., nota 56. Para la doctrina francesa de la “imprevisión”, véase Bruzin, *Essai sur la notion d'imprevisión et sur son rôle en matière contractuelle*, Burdeos, 1922; J. Magnan de Bornier, *Essai sur la théorie d'imprevisión*, París, 1924; Louveau, *Théorie d'imprevisión en droit civil et en droit administratif*, Rennes, 1920; Jacquemard, *La théorie de l'imprevisión*, 1938.

⁵⁸ Cf. H. W. Briggs, en esta Revista, Vol. XXXVI (1942), pp. 89-96.

su compatibilidad o incompatibilidad con tratados posteriores, etc. Es también posible que un tratado plurilateral cree normas generales y abstractas, destinadas a regular la creación y extinción de otros tratados. Pero en la actualidad no existe una tal codificación. El único tratado colectivo relacionado con este asunto es la Convención de la Habana de 1928, cuya esfera de validez es sólo continental, y cuyo contenido —muy vago e incompleto— es de escasa importancia habida cuenta del pequeño número de Estados que lo han ratificado. Debe tenerse presente que una codificación contractual, que constituyese una ley sobre tratados, sería en todo caso un tratado colectivo y consecuentemente, su modificación o extinción, estaría sujeta a las normas del Derecho Internacional general.

Los “principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”⁵⁹ como una tercera fuente del Derecho Internacional han sido especialmente utilizados en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, para determinar la validez de los tratados viciados por violencia y de los tratados que contienen cláusulas contrarias a la moral.

En su Informe de 1930 al *Institut de Droit International*, Verdross atinadamente adoptó la tesis de que “los principios generales del derecho” considerados como la tercera fuente del Derecho Internacional, deben ser distinguidos claramente de los “principios generales del Derecho Internacional”; que aquellos están constituidos por los principios generales de derecho, reconocidos por la casi universalidad de las naciones civilizadas, como ley positiva *in foro domestico*; que además deben ser aplicados en el Derecho Internacional; y que, finalmente, son siempre una mera fuente subsidiaria. Pero en las conferencias de La Haya de 1935, Verdross adoptó la casi insostenible tesis, desarrollada por su discípulo Heydte, consistente en postular que estos “principios generales del Derecho” son

59 En relación con este tema, ha surgido una abundante literatura en el período comprendido entre las dos guerras mundiales. El autor principal es Verdross: *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 37, Oslo, 1932, pp. 283-298; ídem, París, 1934, pp. 490-507; Luxemburgo, 1937, pp. 183-189; *Rev. de Der. Int.*, Vol. VIII (1934), pp. 484-498. *Rec. des Cours*, 1935, Vol. II, (1938), pp. 44-52. Véase además, Heilborn, *Rec. des Cours*, 1926, Vol. I, pp. 5-63; Spiropoulos, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, 1928; Balladore Pallieri, *I principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili*, Turín, 1931; Heydte, *Zeitschrift für Völkerrecht*, Vol. XVI (1932), pp. 461-478) y *Die Friedenswarte*, Vol. XXXIII (1933), p. 289; Wolff en *Rec. des Cours*, 1932, Vol. II, p. 483-551; Scerni, *I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*, 1932; Härle en *Rev. de Dr. Int. Leg. Comp.*, 1935, pp. 663-687; Ch. de Visscher, ídem, 1933, pp. 395-420; Ripert en *Rec. des Cours*, 1933, Vol. II, pp. 569-664; Raestad, *Droit coutumier et principes généraux en droit international*, 1933; Pasching, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. XIV (1934), p. 26-61; Kopelmanas, en *Rev. Gen. Der. Int. Pub.*, Vol. XV (1936), pp. 285-308; W. Künzel, *Ungeschriebenes Völkerrecht*, Königsberg, 1935; P. Grapin, *Valeur internationale des principes généraux du droit*, París, 1934; Cegler, *Die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze nach der Quellenlehre des Völkerrechts*, Berlín, 1936.

juris cogentis, de rango superior al Derecho consuetudinario y al contractual, y que tienen especial aplicación en la doctrina de la validez de los tratados. Bajo la influencia de Verdross, esta teoría fué adoptada en 1935 por Härle. Así los "principios generales del derecho" se convirtieron en una nueva especie de Derecho natural y Le Fur denominó a este nuevo Derecho natural el "orden público internacional". Mientras tanto, Alvarez y Raestead lanzaron su tesis consistente en que los "principios generales del Derecho" abarcan también a los "principios generales del Derecho Internacional". Esta última idea fué aceptada por Verdross en su Informe al *Institut de Droit International* de 1937. En él Verdross vuelve a aceptar el carácter subsidiario de los "principios generales del Derecho", tomados en su sentido prístino; pero proclama que estos principios en la segunda de sus acepciones son *juris cogentis*.

Este análisis del desarrollo doctrinal nos evidencia ya, que nuestro problema teórico de las fuentes del Derecho Internacional, para la validez y la terminación de las normas creadas por los tratados, está vinculado íntimamente con el problema del rango de estas mismas fuentes y con el problema del *jus cogens* (Derecho imperativo) y del *jus dispositivum*. (Derecho supletivo).⁶⁰ Pues este problema determina la invalidez de los tratados por causa de ilegalidad *ab origine* de su contenido, y también la terminación de la validez por ilegalidad subsecuente de su contenido, así como también los casos llamados de conflicto entre tratados.

Los "principios generales de Derecho" son, en cuanto a su rango, estrictamente subsidiarios; no son *juris cogentis*, y no pueden prevalecer contra normas establecidas por la costumbre o por los tratados.

Por lo que se refiere al rango del Derecho consuetudinario internacional, debemos distinguir entre el Derecho consuetudinario general y el particular. El Derecho consuetudinario general obliga a todos; el particular sólo a ciertos Estados. Pero esta distinción concerniente a su esfera de validez no nos resuelve el problema del rango que ocupan estas normas. Todo depende de si el Derecho consuetudinario es *juris cogentis* o no. Las partes pueden discrepar por un tratado no sólo de las normas

60 Radnitzky, *Dispositives Völkerrecht, österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. I, (1914), p. 656; Ch. Rousseau, *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*, Rev. Gen. Dr. Int. Pub., 1932, pp. 133-192; Morelli, *Norme dispositive di diritto internazionale*, Urbino, 1931; J. Jurt, *Zwingendes Völkerrecht* St. Gallen, 1933; Ch. de Visscher, en Rev. Der. Int. Leg. Comp., 1933, pp. 395-420; J. Ray, *Des conflits entre principes abstraits et stipulation conventionnelles*, Rec. des Cours, 1934, Vol. II, pp. 635-707; R. L. Buell, *The Suez Canal and League Sanctions*, Estudios Especiales de Ginebra, Vol. No. 3, (1935); H. Lauterpacht, opus cit., nota 51; M. Sorensen, nota 49; Vitta, nota 5, pp. 172-208.

supletivas de Derecho particular de los mismos Estados, sino también de las normas de Derecho consuetudinario supletivo general, porque éstas constituyen *jus dispositivum*. En cambio, no pueden legítimamente separarse de las normas consuetudinarias generales *juris cogentis*; esta discrepancia los invalidaría por razón de ilegalidad originaria, o podría también extinguirlos cuando ulteriormente sus contenidos resultaran ilegales. Estas normas (“*juris cogentis*”) son escasas en el Derecho positivo internacional contemporáneo. Ejemplos de ellas los tenemos en el principio de la libertad de los mares y en la misma norma *pacta sunt servanda*

Si dos Estados celebran un tratado, incompatible con otro anterior firmado por ellos mismos, este segundo tratado implica la extinción del primero por mutuo consentimiento: *lex posterior derogat priori*. Mas si un Estado pacta un tratado con un tercero, cuyas cláusulas violan un tratado anterior celebrado con otro Estado, este segundo pacto es, a pesar de todo, válido; pero la parte que ha celebrado los dos tratados es culpable de un acto ilegal.⁶²

Un tratado plurilateral, que contradiga a otro de igual naturaleza celebrado con antelación, es válido si ambos tratados han sido convenidos por los mismos Estados.

Surge una cuestión más complicada cuando un tratado, bilateral o plurilateral, celebrado por dos o más Estados, pero no por todos los Estados que figuran en un primer tratado, es incompatible con éste. Aquí se debe distinguir entre varias hipótesis: si el segundo tratado, bilateral o plurilateral, se ha celebrado entre miembros del tratado primitivo plurilateral, todo dependerá de si el segundo tratado discrepa de normas *juris cogentis* o si simplemente se aparta de normas *juris dispositivi* del primer tratado. El posterior es válido si el primero expresa o implícitamente permite su celebración,⁶³ o si el segundo tratado se refiere a normas que han sido declaradas por el primer tratado de *juris dispositivi*.⁶⁴ Se puede determinar en el primer tratado que las partes tengan facultad de substituir

61 En relación con el último problema vid. Kelsen, *Contrato*, pp. 83-111.

62 Véase el Tratado Bryan-Chamorro (EE. UU. y Nicaragua) de 1914. En el caso Costa Rica vs. Nicaragua el estado actor solicitó de la Corte de Justicia de Centro América que resolviera que el tratado en cuestión violaba los derechos del actor, adquiridos en virtud del tratado Canas-Jerez, y que esta violación viciaba de nulidad el tratado Bryan-Chamorro (“que la violación de los derechos de Costa Rica vicia de nulidad dicho pacto Bryan-Chamorro”; Anales de la Corte de Justicia Centroamericana, Vol. V, Nos. 14-16, pp. 149-150).—Pero la Corte decidió que el Tratado Bryan-Chamorro era ilegal, pero no nulo (p. 176). Una decisión similar se dictó en el caso El Salvador vs. Nicaragua. (Vol. VI, Nos. 16-18, 1917, pp. 168, 169-170).

63 Convención, art. XXI. Convención para coordinar y asegurar el cumplimiento de ciertos tratados entre los Estados Americanos, Buenos Aires, 1936, art. VII.

64 Convención de La Haya, V de 1907, art. XII.

el tratado primitivo *inter se*, siempre que el tratado nuevo sea susceptible de adhesión para todos los Estados que ratificaron el primero; en este caso, el primer tratado continúa vigente para los Estados que lo hayan celebrado, y que no sean partes en el segundo tratado, ni se hayan adherido a éste.⁶⁵ Si el primer tratado contiene disposiciones *juris cogentis*,⁶⁶ un tratado posterior, bilateral o plurilateral que no esté ratificado por todos los firmantes del primer tratado y que derogue dichas disposiciones, no es solamente ilegal, sino inválido. Esta solución es aplicable a la validez inicial del segundo tratado, y al problema de la extinción de la obligatoriedad del primer tratado; porque, en el caso estudiado, un número de Estados que no sea el total de los signatarios del primer tratado, no puede legalmente ni siquiera *inter se* cambiarlo o abrogarlo.⁶⁷

Mas si el tratado posterior, bilateral o plurilateral, ha sido celebrado por uno o más Estados signatarios del primero, con un Estado, que no intervino en éste, y si el tratado posterior desconoce normas *juris cogentis* del primer tratado, este segundo tratado es válido,⁶⁸ aún cuando la parte o partes que ratificaron los dos tratados realizan un acto ilícito e incurrir en responsabilidad internacional.

Este examen demuestra la necesidad de discriminar claramente entre la invalidez de las normas creadas por un tratado y la creación ilegal de normas por un tratado.⁶⁹

Los tratados ineficaces pueden ser nulos o anulables. Un tratado es nulo (*nul et non avenu, nulo ab initio, nichtig*), si está afectado de un vicio tan grave, que los Estados que pretenden convenirlo fracasan jurídicamente en su intento; dicho tratado es *negotium nullum*; es nulo automáticamente y no necesita procedimiento judicial para su anulación.

65 Convención de La Haya, I de 1907, arts. 91, 93, 94; convención IV, arts. 4, 6.

66 Decisión general de la Conferencia de Bruselas relativa a la trata de esclavos africanos del 2 de julio de 1890, art. 96. (Martens, N. R. G., 2nd. ser., p. 345), Convención, art. XX. Vid. también el artículo de la Convención Universal Postal que prohíbe a los miembros constituir uniones más restringidas, en oposición a las normas de la Convención.

67 Ejemplos de modificación o abrogación de tratados plurilaterales sin el consentimiento de todas las partes: Tratado de Versalles (abrogación de la neutralidad permanente de Bélgica); Convenio para la evacuación de la Renania 1929; Convenios de la pequeña Entente con Bulgaria y Hungría, concernientes a la igualdad de armamentos, 1938; Convención de Montreux de 20 de julio de 1936, relativa al régimen de los estrechos, sin la participación de Italia, que fué parte en la Convención de Lausana de 1923 (sin embargo, Italia se adhirió a la Convención de 1936 en el año de 1938). Véase la opinión disidente del Juez Negulescu en Publ. de la P. C. I. J., Ser. B., No. 14, pp. 73, 129 y el voto particular de los jueces van Eysinga y Schücking en el Caso Chinn (Ser. A. B., No. 63, p. 131, pp. 148-150).—

68 Art. XX de la Convención.

69 Léanse los argumentos del Presidente Hurst en el Caso Chinn, opus cit., pp. 122-123.

Los tratados anulables son considerados como válidos en tanto que no sean declarados nulos a petición de la parte agraviada. Como el Derecho no se ocupa de hechos escuetos, sino de hechos calificados por la autoridad jurídica competente,⁷⁰ no hay una diferencia absoluta entre los conceptos “nulo” y “anulable”. Puede, sin embargo, haber una diferencia relativa.

Sólo el examen del Derecho positivo internacional puede darnos respuesta a estas preguntas: ¿La anulación de un tratado se opera re-
troactivamente? ¿Puede la nulidad ser invocada por ambas partes o sólo por una de ellas, o puede ser invocada por un tercer Estado? ¿Pueden las partes mismas subsanar los vicios de un tratado? ¿Puede dicho tratado ser confirmado? ¿Los motivos de invalidez o nulidad deben ser alegados por las partes o pueden ser considerados de oficio por un tribunal internacional?

En términos generales, los casos de nulidad *ab initio* de los tratados son raros en el Derecho Internacional actual.

Los tratados anulables deben ser impugnados exclusivamente por la parte perjudicada. La causa de nulidad debe ser alegada y los tribunales no pueden estimarla *ex officio*. La anulación de los tratados tiene efectos retroactivos. El efecto jurídico de la terminación o extinción de un tratado es siempre *ex nunc*.

Relacionada con el problema de la validez y extinción de las normas creadas por los tratados está la cuestión de la divisibilidad de los tratados. Desde luego, el tratado puede disponer que éste constituye una unidad;⁷¹ pero cuando el tratado está integrado por partes diferentes que tratan de materias distintas, la generalidad de la doctrina, los mismos tratados, los tribunales internacionales y la práctica establecida por los Estados, están acordes en afirmar que el problema de la validez y terminación de las normas creadas por los tratados surge, no sólo con respecto al tratado como unidad, sino también en lo que atañe a ciertas partes o artículos del mismo, en forma aislada.

Hasta aquí hemos examinado teóricamente las reglas de Derecho Internacional relativas a la validez y extinción de las normas contenidas en los tratados. Ahora pasamos a estudiar estas reglas aplicadas a los casos concretos. En los casos concretos la controversia puede surgir en lo tocante a los hechos, al Derecho, o a ambos. Uno de los problemas

70 Esta idea se ha convertido en fundamental en el sistema de Kelsen, pero véase Scelle: “*Il existe un instant entre le moment ou la nullité est alléguée et celui où elle est constatée par l'autorité compétente*”, *Precis de Droit des Gens*. Vol. II, Paris, 1934, p. 419.

71 En este sentido el art. 65 de la Declaración de Londres de 1909, la cual no fué ratificada.

consiste en determinar la norma abstracta y general que ordena que la realización de una condición resolutoria prevista en el tratado extingue éste. Otro problema distinto, es el de aquilatar, en un caso concreto, si de hecho esta condición resolutoria se ha realizado.

La diferencia entre las normas generales y abstractas aplicables a la validez y extinción de los tratados y las controversias que surgen entre los Estados cuando se trata de aplicarlas a los casos concretos, frecuentemente no es vista en forma clara; o si se la ve, es limitada tan sólo a la rescisión del tratado por causa de incumplimiento de la otra parte y a la cláusula *rebus sic stantibus*. Sin embargo, debe tenerse presente que el conflicto puede surgir y de hecho surge referido a cualquier circunstancia relativa a su validez o a su extinción.

En Derecho interno avanzado esos conflictos son resueltos pacíficamente con autoridad jurídica definitiva por órganos especialmente dedicados a la aplicación del Derecho, distintos de las partes en conflicto: tribunales imparciales e independientes con jurisdicción compulsoria. La tarea del tribunal consiste en verificar autoritariamente los hechos, declarar el Derecho y aplicarlo a los hechos con el fin de imponer la sanción establecida por la norma jurídica.

Si entre Estados se suscita un conflicto en un caso concreto, sea por discrepancias en cuanto a los hechos o al Derecho, relativo a la validez o terminación de las normas de un tratado, nos encontramos ante un conflicto internacional que, como todo conflicto de esta laya, debe ser resuelto de acuerdo con los preceptos del Derecho Internacional general, o según las normas de Derecho Internacional particular que ligan a las partes. El tratado, por sí mismo, puede contener disposiciones que entrañen un procedimiento para la resolución de estos conflictos, como sucede con el Tratado de Locarno. Las partes pueden estar ligadas por la Convención de la Sociedad de las Naciones o por un tratado de conciliación; puede existir entre ellas un pacto que establezca el arbitraje obligatorio o la decisión judicial para estos conflictos. Entonces los Estados están obligados a seguir este procedimiento y es posible llegar a una solución jurídica.

Cuando no existen normas de Derecho Internacional particular o especial, entonces, tan sólo se puede aplicar el Derecho Internacional general. Y aún cuando exista disposición de Derecho Internacional particular podemos, en último término, encontrarnos con un reenvío al Derecho Internacional general, porque la diferencia puede nacer del sentido o interpretación que se dé a la norma de Derecho Internacional particular; o bien, una de las partes puede ser culpable de la violación de esta norma particular.

Por lo que se refiere a la solución de los conflictos originados sobre la validez y las causas de extinción de los tratados, hallamos en la literatura jurídica dos respuestas contradictorias: la primera, expuesta recientemente por Vitta,⁷² dice que la rescisión o extinción de un tratado, aun cuando el conflicto surja sobre la validez inicial o continuada del mismo, sólo es legalmente posible previo el consentimiento de todas las partes; la segunda, expuesta recientemente por Verdross⁷³ da a la parte perjudicada el derecho de resolver el conflicto por sí misma.

Para entender correctamente lo expuesto, debemos percatarnos de que el Derecho Internacional general, siendo un sistema jurídico primitivo, carece de órganos especiales para aplicar el Derecho a los casos concretos; y que, según sus principios, los mismos Estados son los órganos encargados de aplicarlo. Es a los Estados, jueces y partes a la vez, a quienes toca verificar los hechos, aplicar la ley a los mismos y ejecutar las sanciones. Esto, en todos los sistemas de Derecho primitivo, implica hacerse justicia por propia mano: las represalias y la guerra. En todos los regímenes jurídicos primitivos, una solución jurídica pacífica únicamente es posible cuando existe acuerdo entre las partes.⁷⁴ Si no se llega a dicho acuerdo —y a menudo es imposible lograrlo, por razones políticas— cada parte está facultada para determinar los hechos y el Derecho y para obrar en consecuencia tomando represalias, etc. Huelga decir que la pretensión unilateral de una parte, y la negativa también unilateral de su contraria, no pueden conducir a una decisión imparcial y objetiva que resuelva el conflicto o divergencia.

La conclusión de este estudio teórico es que, actualmente, contando tan sólo con un Derecho Internacional general primitivo y técnicamente imperfecto, los conflictos entre Estados, concernientes a la validez y extinción de los tratados, no pueden ser resueltos jurídicamente,⁷⁵ de un mo-

72 Opus cit., Nota 5, pp. 29-30.

73 *Völkerrecht*, Berlín, 1937, pp. 89-95.

74 D. Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, Vol. III, 1a. parte, Roma 1915, p. 8; "Poinché non esiste un potere superiore agli Stati, le loro controversie non hanno che un modo di risoluzione, consistente nell'accordo degli Stati medesimi".

75 Así lo sostiene con claridad Oppenheim, aunque refiriéndose a la cláusula *rebus sic stantibus*: "If such abrogation be refused, a conflict arises between the treaty obligations and the right to be released from them, which, in absence of an international Court that could give judgement in the matter cannot be settle juridically" (*International Law*, Londres, 1928, 4ª Edición McNair, Vol. I, p. 751). Vid. también a G. del Vecchio, "The old illusion that the maxim pacta sunt servanda, independently of any jurisdiction which ascertains the subjective and objective requisites of the validity of a contract, is sufficient to regulate the relations between states, is vanishing from the field international law" (Po. 1, *Sci Quar*. Vol. L, 1935), p. 529. Son de igual opinión Kelsen y Verzijl, opus cit. Para un examen excelente y completo sobre este problema, consúltese G. Balladore Pallieri, *Diritto Internazionale Pubblico*, Milán, 1938 (2a. Edición), pp. 312-313.

do pacífico, cuando no medie un acuerdo entre las partes. Esto nos lleva a la ineludible conclusión de que el primer paso y el más importante en el camino del progreso del Derecho y en el orden internacional, es la creación de tribunales internacionales con poder coercitivo. Mientras este progreso no sea logrado, el problema a que nos referimos tiene que ser resuelto necesariamente en forma ineficaz, a pesar de los esfuerzos de la ciencia del Derecho Internacional.

Al mismo tiempo es notorio que, para el Derecho Internacional, el resultado de esta investigación teórica referida a un problema particular nos lleva a una conclusión de extraordinaria importancia en los tiempos actuales: si realmente tenemos interés en mejorar las relaciones entre los Estados, nuestra tarea consistirá en transformar el actual Derecho Internacional primitivo en un orden jurídico más avanzado; y el paso más importante consistirá en establecer tribunales internacionales, con poder coercitivo y con competencia sobre todos los asuntos en que surja un conflicto de Derecho positivo entre Estados.

VI

Pacta sunt servanda es una institución de Derecho Internacional general que establece un procedimiento especial —los tratados— para la creación de normas internacionales. Las normas así creadas son válidas y obligan en tanto que no sobrevenga ningún hecho o acto, de los admitidos por el Derecho Internacional, capaz de extinguirlas. El principio *pacta sunt, servanda*, en consecuencia, y contra la opinión de muchos escritores, no admite excepción. Los problemas derivados de este principio son exclusivamente de Derecho positivo.

La revisión de los tratados,⁷⁶ por otra parte, presupone necesariamente su validez, y plantea el problema exclusivamente político del cambio o extinción de normas (reconocidas como válidas por las partes contendientes) en atención a razones metajurídicas.

Las normas contractuales válidas deben ser cumplidas; pero pueden, por procedimientos adecuados, ser revisadas. *Pacta sunt servanda* significa la inviolabilidad, no la inmutabilidad, de los tratados. La revisión de los tratados no es ni una excepción ni una contradicción al principio *pacta sunt servanda*. Este principio pertenece al Derecho positivo, es *lex*

76 Kunz, *The problem of revision in international law*, en esta Revista, Vol. XXXIII, (1939), pp. 40-43.

lata; la revisión pertenece al campo de la política legislativa, es *lex ferenda*.

El Derecho positivo determina la norma jurídica que *es*; la política legislativa se ocupa de lo que *debe ser* el Derecho. El primero es problema que atañe al juez; el segundo, debe preocupar al legislador.