

76. Contestando al Sr. Yasseen, reconoce que puede haber razones legítimas para repudiar un tratado, pero que, si es ésta la idea que se quiere expresar, hay que declararlo empleando una fórmula como: «La repudiación del tratado si no está autorizada por otra disposición de esta Convención.»

77. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que lo único que le preocupa son los tratados multilaterales de interés general, punto que ha destacado el Sr. Tunkin. La cuestión de saber si, en caso de violación sustancial, las partes deben tener derecho a retirarse del tratado en su totalidad se planteó ya cuando la Conferencia de Viena examinó el proyecto de convención sobre relaciones diplomáticas preparado por la Comisión. Finalmente la Conferencia no reconoció a las partes el derecho a considerar la aplicación errónea de toda la Convención como una violación general que les permitiera sustraerse a las obligaciones de toda la Convención. Desde luego, existe un matiz entre los dos casos previstos, pero la idea fundamental es la misma: perturbar lo menos posible el orden jurídico internacional cuando en efecto sea de interés general defender el orden establecido.

78. De seguir la solución propuesta, la Comisión haría suya la teoría de André Weiss relativa a los «círculos» en la aplicación de una misma convención. Weiss señaló que, en tiempo de guerra, se suspende entre los beligerantes la aplicación de los tratados multilaterales y de las convenciones llamadas universales: se crea un círculo que comprende a los neutrales, otro círculo que comprende a los neutrales y a los beligerantes de uno y otro lado y un tercer círculo que comprende a los beligerantes por un lado y a los neutrales por otro. Esta cuestión revistió un interés práctico cuando hubo que resolver los problemas de falsificación de patentes y de obras artísticas y literarias, y fue introducida en el Tratado de Versalles y en otros tratados conexos.

79. En vista del aumento del número de tratados multilaterales de interés general, la declaración del Sr. Tunkin es muy pertinente. La Comisión debe tratar de encontrar una solución que atenúe todo lo posible las consecuencias de una violación, incluso sustancial. Si la violación es puramente bilateral, es más fácil determinar dónde se detienen las represalias, pero las reacciones entre los dos Estados pueden perjudicar la estabilidad de las relaciones entre los Estados en el mundo entero. Por consiguiente, la Comisión, al elaborar una convención sobre el derecho de los tratados que considera fuente de reglamentación general, debe prevenir toda posibilidad de abuso y descartar cualquier elemento que pudiera permitir una interpretación más amplia que la prevista.

80. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, preferiría resumir el debate sobre el artículo 42 en la próxima sesión, ya que se han señalado varios puntos de interés y conviene dejar tiempo para reflexionar.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

832.^a SESIÓN

Lunes 17 de enero de 1966, a las 15 horas

Presidente: Sr. Milan BARTOŠ

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Briggs, Sr. Ca-dieux, Sr. Castrén, Sr. Jiménez de Aréchaga, Sr. de Luna, Sr. Pessou, Sr. Rosenne, Sr. Ruda, Sr. Tsuruoka, Sr. Tunkin, Sr. Verdross, Sir Humphrey Waldoock 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 42 (Tratado que termina o cuya aplicación se suspende a consecuencia de su violación) (continuación)¹

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a seguir examinando el artículo 42.
2. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, resumiendo el debate, dice que en cuanto al párrafo 1, que trata del problema relativamente sencillo de la violación sustancial de un tratado bilateral, la única cuestión que se ha planteado ha sido la sugerencia del Sr. Verdross de que se supriman las palabras «alegar la violación como motivo para» con objeto de que el pasaje correspondiente diga: «autorizará a la otra parte a poner término al tratado...». Al igual que otros miembros de la Comisión, considera preferible conservar la fórmula que se escogió deliberadamente en 1963.
3. Las importantes disposiciones del párrafo 3, en el que se define la expresión «violación sustancial», no han sido objeto de muchas observaciones. El Sr. Verdross ha sugerido que se suprima del apartado a del párrafo 3 la palabra «infundado», pero en general se ha estimado necesario ese calificativo porque, conforme al proyecto de artículos, podrían muy bien darse casos de repudiación perfectamente legítima. El Comité de Redacción podría estudiar si conviene reemplazar el adjetivo «infundado» por alguna otra fórmula como «no justificado por ninguna de las disposiciones de los presentes artículos».
4. El párrafo 2 es el que ha motivado la mayor parte de las observaciones de los gobiernos. Los de Países Bajos y de Estados Unidos han sugerido que se restrinja el alcance de las palabras «A las otras partes» y que se especifique que únicamente la parte cuyos derechos y obligaciones sean afectados desfavorablemente por la violación podrá invocarla como motivo para suspender la aplicación del tratado. Para que la Comisión pueda estudiar el problema señalado por esos dos Gobiernos, ha

¹ Véase 831.^a sesión a continuación del párr. 15, y párr. 16.

introducido en su nuevo texto del apartado *a* del párrafo 2 la fórmula más general «cuyos intereses sean afectados por la violación» después de las palabras «A cualquier otra parte». No obstante, el debate ha demostrado que muchos miembros de la Comisión opinan firmemente que todas las partes en un tratado multilateral tienen el mismo interés general en que éste sea respetado por todas y cada una de ellas. Otros, en cambio, estiman que las partes pueden tener más o menos interés en caso de violación cometida por una de ellas.

5. A propósito de este mismo párrafo, el Sr. Tunkin ha planteado una importante cuestión de fondo al sugerir que, en lo referente a ciertos tratados multilaterales generales, especialmente tratados codificadores como las dos Convenciones de Viena de 1961 y 1963, se especifique que la suspensión afectará únicamente a la parte del tratado que haya sido objeto de la violación sustancial. El orador vacila en aceptar esa sugerencia aunque comprende las razones en que se basa. Cuando un Estado viola de modo sustancial alguna de las cláusulas de un tratado multilateral general, puede serle absolutamente indiferente que la aplicación de esa cláusula sea suspendida o no por las demás partes. En verdad, el único remedio eficaz que en muchos casos pudiera estar al alcance de las demás partes es suspender, en cierto modo como represalia o sanción, la aplicación de otras cláusulas del tratado. El Estado infractor puede haber demostrado inequívocamente con su conducta que atribuye escasa importancia a la cláusula que ha violado, pero la amenaza de que suspenda la aplicación de otras cláusulas puede inducirle a modificar su actitud. Por ejemplo, el artículo 41 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas establece la norma de que todas las personas que gocen de privilegios e inmunidades diplomáticas deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. En caso de violación de esa norma, el Estado perjudicado no tendrá el menor deseo de que sus diplomáticos violen las leyes del otro Estado a modo de represalia; suspender la aplicación del artículo 41 en sus relaciones con el Estado infractor sería una reacción totalmente inocua. La única medida eficaz sería suspender la aplicación de otras cláusulas de la Convención a las que el Estado infractor atribuyera mayor importancia.

6. Se ha planteado otra cuestión acerca del párrafo 2, pero concierne más generalmente a todas las disposiciones del artículo; se trata de saber si hay que tener en cuenta la provocación. Personalmente, duda de que si ha habido provocación de otra parte pueda afirmarse con propiedad que existe violación sustancial alguna. Tal vez convenga pedir al Comité de Redacción que estudie en términos generales el caso de que el Estado reclamante haya contribuido con su conducta a que se produzca una causa para poner término al tratado. Este problema ya ha sido tratado por la Comisión en el artículo 34, relativo al error, cuyo párrafo 2 establece que la norma de su párrafo 1 no se aplicará cuando el Estado reclamante haya contribuido con su conducta al error. Quizá debiera el Comité de Redacción considerar si conviene que algunas disposiciones como el artículo 42 sobre superveniencia de situaciones que hacen imposible la ejecución, y el 44, relativo al cambio fundamen-

tal de las circunstancias, comprendan una cláusula referente al caso de que la conducta del Estado reclamante haya sido en parte la causa de terminación.

7. La finalidad del nuevo texto del apartado *b* del párrafo 2 es colmar una laguna del texto de 1963. El orador no ha creído lógico, en el contexto de un acuerdo unánime, limitar a la suspensión el derecho de acción. En la mayoría de los casos, las demás partes en el tratado sólo querrán probablemente suspenderlo en sus relaciones respectivas con el Estado infractor; pero en caso de que ese Estado sea reincidente tal vez deseen ir más lejos y excluirlo del tratado. Por consiguiente, ha introducido en el nuevo texto la posibilidad de poner término al tratado, además de la de suspenderlo. El Sr. Rosenne ha sugerido que se mencione la terminación antes que la suspensión. Éste sería sin duda el orden lógico, pero lo ha invertido porque, en el caso de que se trata, se espera que la primera reacción sea suspender la aplicación del tratado; por eso es conveniente mencionar la terminación como último recurso.

8. En cuanto a la importante cuestión de fondo planteada por el párrafo 2 *bis* las opiniones disienten en la Comisión; algunos de sus miembros parecen partidarios de incluir una disposición sobre tratados como los de desarme, en los que los derechos y las obligaciones están tan íntimamente relacionados que si un Estado deja de cumplir una obligación, este incumplimiento afecta inmediatamente a los demás. Sugiere que se remita el párrafo propuesto al Comité de Redacción para que lo estudie teniendo en cuenta los debates, y en especial la indicación del Sr. Yasseen de que basta con autorizar a la parte lesionada a que suspenda la aplicación del tratado, sin que sea preciso darle el derecho a poner término a éste.

9. El Sr. TUNKIN recuerda que en la sesión anterior planteó la cuestión de la aplicación del artículo 42 a un nuevo tipo de tratados, a saber, los tratados multilaterales generales, como las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar y la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, ninguna de las cuales contiene disposiciones sobre retirada aunque sí disposiciones sobre revisión. Los tratados de ese tipo están llamados a adquirir alcance universal y por eso no se ha incluido en ellos ninguna cláusula sobre retirada, a pesar de que los tratados multilaterales suelen contenerlas. Si las disposiciones del artículo 42 se extendieran a tratados de esa índole, se frustrarían los fines mismos de las conferencias de plenipotenciarios que los aprobaron y los de la Comisión que los redactó.

10. El Sr. ROSENNE se adhiere en conjunto a las conclusiones del Relator Especial, aunque las observaciones de éste sobre el apartado *b* del párrafo 2 no responden del todo a la objeción que él hizo en la sesión anterior. En 1963, la Comisión tuvo cuidado de utilizar las palabras «suspender la aplicación del tratado» y también de evitar la expresión «poner término» a su aplicación. Propone que el Comité de Redacción modifique ese pasaje en consecuencia.

11. En cuanto a los tratados multilaterales generales, como el Sr. Tunkin señaló de modo convincente en

1963², conviene reservar un trato especial en el proyecto de artículos. Sin embargo, desde entonces la cuestión se ha resuelto parcialmente en las disposiciones del artículo 62 aprobadas por la Comisión en 1963. El principio que en él se hace aplicable a los artículos 58 a 60 corresponde exactamente a la idea del Sr. Tunkin; tal vez convenga redactar el artículo 62 en términos más amplios para que su aplicación no se limite a los tres artículos mencionados.

12. Con respecto al orden de los párrafos, cree que sería más elegante colocar el párrafo 3 al comienzo del artículo, puesto que define la expresión «violación sustancial».

13. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, recuerda que en 1963 la Comisión ya tuvo muy en cuenta la cuestión que ha vuelto a plantear el Sr. Tunkin. Precisamente por ello el apartado *a* del párrafo 2 limita el derecho de suspensión a las relaciones entre la parte que invoca la violación y el Estado infractor, y la norma del apartado *b* del párrafo 2 es más restrictiva de lo que suelen entender los juristas pues establece que la terminación y la denuncia exigen el acuerdo unánime de todas las partes.

14. En cuanto al párrafo 2 *bis*, su objeto es prever el caso muy especial de ciertos tratados para los cuales el apartado *b* del párrafo 2 no constituiría garantía suficiente. En efecto, como es preciso obtener el consentimiento de todas las demás partes, el Estado lesionado podría, con tal que sólo se opusiera una parte, encontrarse indefenso frente a la violación cometida por el Estado infractor, ya que no podría legalmente suspender la aplicación del tratado por lo que a sí mismo respecta.

15. El Sr. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA aprueba sin reservas las modificaciones propuestas por el Relator Especial.

16. Con respecto al párrafo 2 *bis*, cree que sus disposiciones mejoran mucho el texto y permitirán resolver ciertos casos excepcionales.

17. Los peligros que ha señalado el Sr. Tunkin quedan reducidos al mínimo por el hecho de que las disposiciones del apartado *b* del párrafo 2 exigen el acuerdo unánime de todas las partes para poner término al tratado. Más vale establecer una distinción entre los tratados a que se refiere el párrafo 2 *bis* y otros tratados multilaterales generales que intentar la difícil definición de los «tratados multilaterales generales».

18. El Sr. AGO observa que la disposición que figura en el nuevo texto del apartado *b* del párrafo 2 difiere de la del artículo 40 en que en aquélla basta el acuerdo de las partes no culpables de la violación para suspender la aplicación del tratado o ponerle término. Priva por tanto, como es lógico, al Estado responsable de la violación de la posibilidad de oponer su veto a la suspensión o la terminación del tratado.

19. En el caso previsto en el párrafo 2 *bis* no se exige el acuerdo unánime de las partes no culpables de la vio-

lación puesto que la situación es tal que cada parte debe estar en condiciones de suspender la aplicación del tratado en lo que la concierne o retirarse de él.

20. La discrepancia de opinión entre el Sr. Tunkin y el Relator Especial se debe probablemente a que el artículo 42 se ocupa de dos clases de tratados multilaterales generales que en realidad son muy distintos. Por un lado, hay tratados como los de desarme o de prohibición de ensayos nucleares, a los que se ha referido el Relator Especial; en el caso de violación sustancial de un tratado de esa naturaleza por algunas de las partes, las demás deben poder desligarse de sus obligaciones o por lo menos dejarlas en suspenso. Por otro lado, hay tratados codificadores, que constituyen la ley de la comunidad internacional; en el caso de éstos, como ha dicho el Sr. Tunkin, la violación por una de las partes no impide que la ley siga siendo la ley. El problema señalado por el Sr. Tunkin quizá quede fuera del alcance del artículo 42. Los tratados a que se refiere pertenecen a una categoría tan especial, y es tan importante que no sean motivo de controversias, que tal vez convenga que la Comisión les dedique disposiciones especiales de su proyecto.

21. Además de la reserva del párrafo 4 sobre las cláusulas del tratado relativas a los casos de violación, la Comisión debe añadir, sea en el propio artículo o en el comentario, una salvedad relativa a las posibles consecuencias de la violación del tratado en cuanto a la responsabilidad del Estado culpable. En su forma actual, el artículo puede dar la impresión de que en caso de violación sustancial del tratado por una de las partes, el único recurso de las demás sería suspender su aplicación o ponerle término.

22. El PRESIDENTE señala, como miembro de la Comisión, que algunos tratados multilaterales, los tratados ley, tienen fuerza de costumbre internacional. El artículo 42 es quizá excesivamente amplio para aplicarse a los tratados de ese tipo y no recoge la evolución del derecho internacional consagrada por las sentencias del Tribunal militar internacional de Nuremberg. Por ejemplo, las convenciones humanitarias forman parte de la conciencia jurídica de las naciones; no puede concebirse que un Estado pueda libremente suspender su aplicación por el mero hecho de que otro Estado haya dejado de aplicarlas. La cuestión es muy importante y exige que se haga prevalecer el fondo sobre la forma.

23. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que las convenciones humanitarias mencionadas constituyen otro ejemplo de las dificultades del problema. En esos casos, probablemente el único remedio eficaz estribaría en otras formas de represalia o contraposición ajenas al tratado propiamente dicho. Aun así, quizá fuera excesivo prohibir al Estado perjudicado que suspenda la aplicación del tratado en sus relaciones con el Estado infractor. Es evidente que de nada sirve al Estado lesionado suspender la aplicación de una cláusula particular de una convención humanitaria respecto de los nacionales del Estado infractor; en tal caso, los efectos de la ilicitud recaerían sobre personas inocentes.

24. Todo intento de introducir con carácter general en el artículo 42 la idea que el Sr. Tunkin sugiere podría

² Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. I, pág. 134, párr. 59.

incluso comprometer la estabilidad de los tratados. Uno de los grandes fallos del derecho internacional es el desamparo de un Estado lesionado frente a la violación de un tratado; y el artículo 42 tiene por objeto dar a ese Estado una posibilidad de reacción efectiva. Es también preciso recordar la garantía que establece el párrafo 4 del artículo 53.

25. Sugiere que se remita el artículo 42 al Comité de Redacción para que lo examine teniendo en cuenta el debate.

26. El Sr. de LUNA precisa que, si en la sesión anterior mencionó las convenciones multilaterales de carácter humanitario, fue sobre todo por escrúpulos de conciencia y no para expresar desacuerdo con el Relator Especial. Por otra parte, tampoco ha sugerido ninguna modificación del nuevo texto propuesto. Si, como se dice en el párrafo 2 *bis*, la violación «frustra el objeto y la finalidad del tratado en general», difícilmente podrá obligarse a las partes a aplicarlo. El tratado como tal desaparece, pero el derecho internacional consuetudinario que le deba su origen continúa existiendo sin él como existía ya antes de que el tratado se celebrara. Por consiguiente, apoya el texto propuesto por el Relator Especial y no cree que este artículo sea una duplicación del artículo 40. Es evidente que cuando la Comisión abandona la esfera de las especulaciones para abordar problemas concretos, no tiene gran dificultad en llegar a un acuerdo sobre la solución.

27. El PRESIDENTE considerará, de no haber objeciones, que la Comisión decide remitir el artículo 42 al Comité de Redacción para que lo examine de nuevo habida cuenta del debate.

*Así queda acordado*³.

ARTÍCULO 43 (Superveniencia de una situación que hace imposible la ejecución)

Artículo 43

Superveniencia de una situación que hace imposible la ejecución

1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de ejecutar un tratado como motivo para ponerle término cuando esta imposibilidad resultare de la desaparición o destrucción total y permanente del objeto de los derechos y obligaciones estipulados en el tratado.

2. Si no fuere evidente que la imposibilidad de ejecución habrá de ser permanente, sólo se la podrá alegar como motivo para suspender la aplicación del tratado.

3. En las condiciones previstas en el artículo 46, si la imposibilidad tuviere que ver únicamente con determinadas cláusulas del tratado, se la podrá alegar como razón para poner término solamente a esas cláusulas o para suspender su aplicación. (A/CN.4/L.107, pág. 39.)

28. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el artículo 43, cuyo nuevo texto, propuesto por el Relator Especial en su quinto informe, dice:

1. Si la desaparición o destrucción total del objeto de los derechos y obligaciones estipulados en un tratado hace que la ejecución de éste sea temporalmente imposible, tal imposibilidad de ejecución podrá ser alegada como motivo para suspender la aplicación del tratado.

2. Si fuese claro que tal imposibilidad de ejecución habrá de ser permanente, podrá ser alegada como motivo para poner término al tratado o retirarse de él.

3. Los párrafos 1 y 2 no serán aplicables cuando la imposibilidad de ejecución sea resultante de una violación del tratado por la parte que alegue tal imposibilidad.

4. Si el tratado ha sido ya parcialmente ejecutado, podrá requerirse a la parte que haya obtenido beneficios de las disposiciones ejecutadas que compense equitativamente a la otra o a las otras partes con respecto a tales beneficios. (A/CN.4/183/Add.3, pág. 6.)

29. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, manifiesta que en su nueva versión del artículo 43 ha omitido el anterior párrafo 3 que trataba de la divisibilidad. Esta cuestión se deja aparte, como se ha hecho en otros artículos, y la Comisión la examinará cuando se ocupe del artículo 46.

30. Se ha invertido el orden de los artículos 1 y 2. El texto de 1963 se refería primero al caso de terminación y luego, en el párrafo 2, a la suspensión de la aplicación de un tratado como restricción al párrafo 1. Esa presentación no le satisface del todo y le parece preferible que el efecto de la imposibilidad superveniente sea en circunstancias normales sólo una suspensión temporal de la aplicación del tratado. En su nuevo párrafo 1 declara que, cuando la imposibilidad de ejecución sea sólo temporal, tal imposibilidad podrá ser alegada como motivo para suspender la aplicación del tratado; el párrafo 2 establece que, cuando la imposibilidad de la ejecución haya de ser permanente, podrá ser alegada como motivo para poner término al tratado.

31. El nuevo párrafo 3 dice que las normas de los párrafos 1 y 2 no serán aplicables cuando la imposibilidad de ejecución sea «resultante de una violación del tratado por la parte que alegue tal imposibilidad». Ese texto se basa en una sugerencia del Gobierno de Israel, pero también responde a la observación de la delegación del Paquistán de que la imposibilidad de ejecución puede provenir de circunstancias creadas deliberadamente por el Estado que la invoca. La Comisión tendrá ahora la oportunidad de examinar las observaciones de esos dos Gobiernos.

32. Ha introducido el nuevo párrafo 4 como base para examinar el difícil problema que plantea el tratado ya parcialmente ejecutado, cuando una parte en él ha obtenido beneficios de las disposiciones ejecutadas. No ha llegado a una conclusión bien definida sobre la cuestión de fondo que esto entraña, pero estima que la Comisión debe ocuparse de un problema que algunos gobiernos han señalado a su atención.

33. El Sr. YASSEEN considera aceptable en cuanto a la forma el nuevo texto del Relator Especial. Es preferible, en efecto, mencionar primero la imposibilidad temporal de ejecución que ocasiona una suspensión de la aplicación del tratado y después la imposibilidad per-

³ Véase reanudación del debate en los párrs. 2 a 31 de la 842.ª sesión.

manente de ejecución que podrá ser alegada como motivo para poner término a éste. Ambas normas tienen el mismo valor, y la primera no es una excepción de la segunda.

34. Sin embargo, por lo que respecta al fondo sería preferible el texto de 1963. Ni el artículo en sí ni el proyecto en su totalidad parecen ser el contexto adecuado para los dos nuevos párrafos que el Relator Especial propone.

35. La disposición restrictiva del párrafo 3 no tiene gran justificación. Como el artículo se refiere a la imposibilidad de ejecutar el tratado, no hay razón alguna para que una parte no tenga derecho a alegar tal imposibilidad o, lo que es igual, a obtener el reconocimiento de una situación *de facto*. ¿De qué podría servir un tratado que se mantuviese en vigor en virtud de ese párrafo?

36. A su juicio, los gobiernos cuyas observaciones han dado lugar al párrafo 3 propuesto por el Relator Especial se han preocupado sobre todo del efecto de la terminación de un tratado por imposibilidad de ejecución, es decir, han abordado la cuestión de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, los demás artículos sobre terminación de los tratados nada dicen al respecto ni especifican cuál es la responsabilidad de las partes. No conviene ocuparse especialmente de este problema en el artículo dedicado a la terminación de un tratado por imposibilidad de ejecución. Es preferible dejar en suspenso todo el problema de la responsabilidad de los Estados en caso de terminación de un tratado.

37. El párrafo 4 se refiere el caso del tratado ya parcialmente ejecutado en el momento de ponerle término o de suspender su aplicación. Pero este problema se plantea también cuando la terminación de un tratado obedece a otra razón cualquiera: error, dolo, etc., o incluso a una causa de nulidad absoluta en virtud del principio del enriquecimiento indebido. La cuestión de las compensaciones debidas por las ventajas obtenidas de la ejecución parcial de un tratado debe ser objeto de un artículo aparte dedicado a las consecuencias de la terminación de los tratados por diferentes causas.

38. El Sr. CASTRÉN declara que, aparte de la cuestión de la divisibilidad, que queda en suspenso, la nueva propuesta por el Relator Especial no cambia en cuanto al fondo el texto del artículo 43 aprobado en 1963. Por lo que a la forma respecta, la inversión del orden de los dos primeros párrafos constituye una mejora.

39. El párrafo 1 del nuevo texto es aceptable aunque se lo podría simplificar sustituyendo las palabras «tal imposibilidad de ejecución» por las palabras «este hecho».

40. El Relator Especial ha hecho bien en agregar al párrafo 2 las palabras «o retirarse de él»; en efecto, cabe que la ejecución de un tratado multilateral llegue a ser imposible para una o algunas de las partes, mientras que las demás pueden continuar aplicándolo entre sí.

41. El párrafo 3 es también aceptable pues se ajusta a un principio general del derecho aplicado entre los miembros de la comunidad internacional. En el párra-

fo 2 del artículo 52 del proyecto se enuncia un principio análogo. Lo mismo que el Relator Especial, prefiere la fórmula sugerida por el Gobierno de Israel a la del Gobierno del Paquistán que es quizá demasiado detallada. Ambas se basan en la misma idea: que el tratado debe ser ejecutado de buena fe. Probablemente, esta disposición tiene más valor moral que importancia práctica pues en el caso de que la ejecución de un tratado resulte imposible no hay ninguna solución y por lo general es la parte perjudicada la que intenta una acción por responsabilidad a causa de la violación del tratado. No obstante, la disposición propuesta excluye una defensa fundada en la imposibilidad de aplicar el tratado.

42. Es dudosa la oportunidad del párrafo 4. En derecho interno existe una norma análoga; cabría adoptarla también en derecho internacional, y ya se ha intentado hacerlo al introducir la noción del enriquecimiento indebido en la sucesión de Estados, pero el principio no es aceptado sin reservas por todos los autores y es aún menos generalmente admitido en la práctica de los Estados.

43. Tanto por lo que respecta al fondo como al procedimiento, el problema es sumamente complejo pues resulta muy difícil evaluar las ventajas obtenidas de la ejecución parcial de un tratado y determinar la naturaleza y la cuantía de la compensación. A falta de una jurisdicción internacional, probablemente lo más prudente y lo más práctico sería dejar que las partes interesadas resolvieran esas cuestiones por vía de negociación. Además, cabe preguntarse si la disposición propuesta se aplicaría también en el caso de imposibilidad temporal de ejecución previsto en el párrafo 1. Por último, la parte inocente puede reclamar lo que le corresponda en virtud del párrafo 3, pero entonces la Comisión abordará problemas de responsabilidad internacional que no debe tratar de resolver en su proyecto. Propone que se omita el párrafo 4, aunque no tiene inconveniente en que se mencione la cuestión en el comentario.

44. El Sr. AGO considera que la redacción del artículo 43 es particularmente difícil. Critica el empleo del término «*subject-matter*» en el texto inglés y de la palabra «*objet*» en el texto francés, pero por el momento nada puede proponer que sea más satisfactorio. En general, los derechos y obligaciones de que se ocupan los textos de la Comisión no son derechos y obligaciones *in rem* sino de carácter contractual. El objeto de dichos derechos y obligaciones no es una *res* sino una prestación de la otra parte, aunque vaya unida al uso de una cosa. Es frecuente que, cuando un río pasa por una región fronteriza, los dos Estados limítrofes concierten un acuerdo en virtud del cual el Estado A reconoce al Estado B el derecho a construir un embalse y una central eléctrica, a condición de que el Estado B ponga a disposición del Estado A determinada proporción de la energía producida por la central. ¿Cuál será en tal caso el «objeto» del derecho? Seguramente no es el embalse ni la central sino la prestación, es decir, el suministro de cierta cantidad de energía. Si el embalse es destruido por un alud, lo destruido no es el objeto del tratado. Sería por tanto preferible utilizar alguna otra fórmula y men-

cionar quizá un acontecimiento catastrófico que haga imposible la ejecución del tratado.

45. Por lo demás, no hay gran diferencia entre el texto de 1963 y el que propone el Relator Especial; el acento se hace recaer sobre otro aspecto pero el fondo sigue siendo el mismo y en su conjunto el nuevo concepto parece preferible.

46. Quisiera que el Comité de Redacción y la Comisión reflexionasen con detenimiento antes de aprobar el párrafo 4, disposición que puede parecer de importancia sólo secundaria, pero es susceptible de inducir a errores de graves consecuencias.

47. El Sr. ROSENNE estima aceptables los párrafos 1, 2 y 3 del nuevo texto del Relator Especial, a reserva de que los revise el Comité de Redacción. El Sr. Ago ha señalado acertadamente la necesidad de examinar con detenimiento el texto actual.

48. Ha tratado en vano de redactar de otra manera el párrafo 4, que en su forma actual peca de vaguedad. Por ejemplo, no está claro qué significan las palabras «Si el tratado ha sido ya parcialmente ejecutado» ni las palabras «podrá requerirse». Tampoco acierta a ver el alcance de la expresión «que compense equitativamente», aunque sobre este punto puede dar alguna orientación el documento del Sr. Jiménez de Aréchaga sobre la responsabilidad de los Estados⁴, en el que se hace referencia al concepto de enriquecimiento indebido. Le parece muy dudoso que una disposición sobre esta materia corresponda propiamente al artículo 43. Si hubiera que incluirla, se la debería examinar en relación con el artículo 53 o hacerla figurar en la introducción al comentario, donde se mencionarían ciertos temas generales no comprendidos en el proyecto.

49. El Sr. de LUNA aprueba el nuevo orden de los párrafos. El Relator Especial ha hecho muy bien en distinguir entre la suspensión, en el párrafo 1, y la terminación, en el párrafo 2. Como ha dicho el Sr. Ago, hay que elegir bien la terminología. El artículo no trata de derechos reales sino de derechos subjetivos emanados de obligaciones internacionales.

50. En cuanto al párrafo 3, la propuesta del Sr. Ago de que en él se haga referencia expresa a un acontecimiento catastrófico no abarcaría todas las hipótesis. Podría producirse un acontecimiento que haga imposible la ejecución del tratado, sin que se trate de una catástrofe, aun cuando pueda crear una situación de fuerza mayor. Por ejemplo, en el caso de un tratado de extradición en virtud del cual el Estado A se haya comprometido a entregar al Estado B una persona o un buque, puede ocurrir que la persona fallezca o que el buque sea destruido por un incendio, sin que ello constituya una catástrofe. El Sr. Yasseen ha dicho con razón que ese párrafo huelga. Si la persona que hubiera debido ser entregada por extradición al Estado A ha fallecido por negligencia culpable del Estado B, que tenía en cierto modo el deber de amparar la seguridad personal de los extranjeros en su territorio, el hecho de que haya habido

negligencia culpable de su parte no resucitará al difunto, y el Estado A, al no poder entregar la persona al otro Estado, se verá en la imposibilidad *de facto* de ejecutar el tratado de extradición.

51. Por lo que respecta al párrafo 4, está de acuerdo con el Sr. Yasseen. El Relator Especial ha hecho bien en plantear la cuestión, aunque no corresponda en rigor al artículo 43. El problema del enriquecimiento indebido a raíz del incumplimiento, en diversas situaciones, de ciertas disposiciones del tratado es de los que la Comisión debería abordar para admitirlo o desecharlo. Personalmente, se inclinaría a admitirlo con las precauciones necesarias y sabiendo lo difícil que sería dar una formulación. A diferencia del Sr. Rosenne, no cree que entre en juego la responsabilidad del Estado. La noción subyacente es la del enriquecimiento indebido: el Estado ha obtenido un beneficio de resultados de una prestación, subordinada a una contraprestación que ha sido imposible por razones de fuerza mayor. Hay por tanto que traer de algún modo a colación el principio del enriquecimiento indebido y estudiar todos los casos a que pudiera aplicarse el párrafo 4, a fin de dedicarles quizá un artículo aparte que se refiriese a las posibles consecuencias de la aplicación ininterrumpida de un tratado en las diversas situaciones, con o sin responsabilidad del Estado.

52. El Sr. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, estima que los párrafos 1 y 2 del proyecto de 1963 son preferibles al nuevo texto que propone el Relator Especial, porque aquéllos empiezan mencionando la imposibilidad de ejecución como motivo de terminación de los tratados. Asimismo es preferible en este caso tratar de la terminación de los tratados antes que de la suspensión, porque la imposibilidad de ejecución producirá normalmente la extinción del tratado y sólo en circunstancias excepcionales su suspensión.

53. El párrafo 3 podría suprimirse, ya que cabe deducir su contenido de las normas generales del derecho y su omisión no afectaría en modo alguno a los derechos de los Estados.

54. Si el contenido del nuevo párrafo 4 propuesto por el Relator Especial ha de mantenerse, habría que consignarlo en un artículo aparte o bien incorporarlo al párrafo 4 del artículo 53. El nuevo párrafo 4 ha sido redactado por el Relator Especial en términos más amplios que los propuestos por los Gobiernos de los Estados Unidos y del Paquistán, ya que reconoce también a la parte que no invoque la imposibilidad de ejecución el derecho a reclamar una compensación equitativa en las circunstancias previstas en dicho párrafo.

55. El Sr. TUNKIN dice que el texto de los nuevos párrafos 1 y 2 no difiere en cuanto al fondo de la versión de 1963, pero que esta última es más clara y preferible porque destaca mejor la noción básica que es la imposibilidad de ejecución. También prefiere el orden anterior de los dos primeros párrafos, puesto que la terminación es consecuencia lógica de la imposibilidad de ejecución y debiera mencionarse en primer lugar.

56. Por lo que respecta al párrafo 3, puede haber casos de imposibilidad de ejecución sin que medie viola-

⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, pág. 283.*

ción alguna del tratado. Tal vez pudiera omitirse por completo el párrafo 3 y consignar su contenido en una disposición general.

57. El párrafo 4 se refiere a un problema más amplio que el del artículo 43 y guarda cierta relación con el artículo 34, por ejemplo, en el supuesto de que se descubra un error en el tratado después de haberse aplicado algunas de sus disposiciones. La Comisión habrá de reflexionar bien sobre la conveniencia y el modo de abordar este problema.

58. El Sr. AGO considera en primer lugar la relación entre los párrafos 1 y 2 del nuevo texto y los párrafos 1 y 2 del proyecto de 1963. En cuanto a si hay que dar prioridad a la idea de terminación o a la de suspensión, opina como el Relator Especial que en el caso que se examina la suspensión debe ser la regla. En virtud de un tratado concertado en 1945, Italia cedió a Francia una parte de territorio en que se halla el lago de Mont Cenis, con la condición de que Francia suministrase a Italia una parte de la energía producida por la central eléctrica construida en dicho lugar. Si un acaecimiento destruyera la central eléctrica, sería demasiado fácil decir que el tratado toca a su fin. Lo primero que Francia debería hacer sería reconstruir la central eléctrica y entretanto el tratado quedaría en suspenso. Por consiguiente, sólo cuando sea materialmente imposible reparar las consecuencias de un acaecimiento puede invocarse fuerza mayor para poner término a un tratado. De no ser así, sólo habrá suspensión.

59. Las observaciones del Sr. Tunkin sobre el párrafo 3 son acertadas. Pueden concebirse dos situaciones: que la conducta del Estado obligado no consista en la violación de una cláusula del tratado sino de una norma distinta, o que tal conducta sea incompatible con la observancia del propio tratado; por ejemplo, cuando el tratado estipula que el Estado propietario de la central eléctrica está obligado a ocuparse de la conservación de un embalse pero no lo hace por negligencia y éste se derrumba, se plantea el problema de saber si el Estado culpable puede invocar un acontecimiento de esa índole para que el tratado, y por consiguiente sus obligaciones, queden terminados o en suspenso. Antes de resolver a suprimir el párrafo, hay pues que reflexionar bien y recordar que el caso de que el acaecimiento sobreviene por culpa de un Estado difiere del caso de fuerza mayor.

60. La disposición más difícil de redactar es la del párrafo 4, que considera inaceptable en su forma actual. El supuesto previsto en ese párrafo sólo puede ser el de un tratado donde existe verdaderamente *do ut des* pero sólo una de las partes logra obtener de éste el beneficio previsto. Ahora bien, hay otras situaciones en que la aplicación del párrafo 4 produciría resultados absurdos. Siguiendo con el ejemplo del Estado vecino que durante algún tiempo recibe la energía hidroeléctrica a que tiene derecho, es inconcebible que, cuando un acontecimiento haya interrumpido la ejecución del tratado, el Estado que ya no obtiene beneficio alguno del tratado deba todavía indemnizar al otro Estado por el beneficio que anteriormente obtuvo.

61. En todo caso se pregunta si el proyecto es lugar adecuado para el párrafo 4. Póngase por caso un tratado que ofrezca beneficios a ambas partes pero que en determinado momento es de ejecución imposible y queda por tanto suspendido o terminado. En tal supuesto, el problema de la compensación, porque una de las partes ha obtenido beneficios del tratado y la otra no, puede regirse por una norma general de derecho internacional que no pertenezca al derecho de los tratados, o por una norma de equidad que no forme parte del derecho existente. Tal vez la Comisión debería suprimir el párrafo, ya que trata de un tema tan ajeno al que se examina.

62. El Sr. BRIGGS acepta el cambio en el orden de los párrafos 1 y 2, propuesto por el Relator Especial, porque es más lógico anteponer la suspensión a la terminación, pero tal vez podrían redactarse de tal modo que se refirieran en primer lugar el derecho de una parte a invocar la imposibilidad de ejecución, lo que permitiría evitar la complicada fórmula con que comienza el nuevo texto del Relator Especial, que éste no ha podido sustituir por otra más acertada.

63. Aunque no tiene un criterio definido sobre el párrafo 3, se pregunta si en rigor es necesario. No trata de la cuestión de que un Estado alegue una imposibilidad de ejecución provocada por él mismo para justificar el incumplimiento, pero establece que el Estado causante de la imposibilidad no puede invocarla como causa de suspensión o terminación.

64. Si bien comprende las razones a que obedece la propuesta del Gobierno de los Estados Unidos, estima que el contenido del párrafo 4 debiera figurar en un artículo separado, o que quizá se lo podría tratar en el comentario.

65. El Sr. ROSENNE dice que algunas de las críticas que se han hecho al párrafo 3 acaso sean fundadas por lo que respecta a los tratados bilaterales, pero no así en lo tocante a los tratados multilaterales. Puesto que la regla es que normalmente los tratados multilaterales seguirán en vigor, conviene que la idea a que responde el párrafo 3 tenga expresión en el proyecto.

66. El Sr. YASSEEN desea precisar sus anteriores observaciones sobre el párrafo 3. Cualquiera de las partes puede alegar la imposibilidad de ejecución, ya que con ello no hace más que pedir el reconocimiento de una situación de hecho y no hay por qué mantener en vigor un tratado cuya ejecución es imposible. Según el principio admitido por la Corte Permanente de Justicia Internacional, una parte no puede beneficiarse de una falta que le es imputable. Ahora bien, si una parte invoca la imposibilidad de ejecución, aunque sea consecuencia de su propia falta, sólo se beneficiará de esa falta si se la declara irresponsable. En todo caso, existe una diferencia entre declarar terminado un tratado y declarar que la parte culpable no es responsable, ya que una declaración por la que se pone término a un tratado no prejuzga el problema de la responsabilidad. Hecha esta salvedad, considera innecesario el párrafo 3.

Se levanta la sesión a las 18 horas.

833.ª SESIÓN

Martes 18 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 43 (Superveniencia de una situación que hace imposible la ejecución) (continuación)¹

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a seguir examinando el artículo 43.
2. El Sr. TUNKIN dice que en el debate sobre el nuevo párrafo 3 ha habido alguna confusión entre el problema de la suspensión o la terminación y el de la responsabilidad del Estado. Dicho párrafo concierne únicamente a la suspensión, la terminación o la retirada; se ocupa del caso en que un Estado, por sus propios actos, haya creado una situación que le haga imposible el cumplimiento de las obligaciones que asumió en el tratado, y establece la norma de que tal Estado no puede alegar esa imposibilidad como motivo para retirarse sino que continúa ligado por sus obligaciones en virtud del tratado.
3. La cuestión de las razones en que se funde el incumplimiento de las obligaciones de ese Estado y la responsabilidad resultante del incumplimiento son problema aparte que pertenece al tema de la responsabilidad del Estado. Para que la responsabilidad del Estado provenga de un tratado es menester que éste exista y sea válido. En las circunstancias previstas en los párrafos 1 y 2, el tratado se suspende o termina a causa de la imposibilidad de ejecución; por tanto, no hay tratado en vigor. La finalidad del párrafo 3 es en consecuencia precisar que el Estado que se halle en situación de imposibilidad material de ejecución como resultado de sus propios actos, sigue obligado por el tratado a pesar de esa imposibilidad.
4. El Sr. de LUNA señala que el principio jurídico en que se basaba su declaración en la sesión anterior puede expresarse más sencillamente como la regla de sentido común de que conviene obtener el máximo efecto con el mínimo esfuerzo.
5. Tras escuchar el debate, se percata de que el artículo 43 es mucho más complejo de lo que se creía. No hay que sorprenderse de ello: el problema de la validez de

los instrumentos jurídicos no es tampoco fácil de resolver en derecho interno; y lo es menos aún en derecho internacional porque en él, a causa de su carácter especial, no es posible pura y simplemente inyectar conceptos de derecho interno elaborados penosamente a través de los siglos. Esos conceptos se refieren a la distinción que ha de hacerse entre la inexistencia en derecho y la nulidad, entre la nulidad absoluta y la relativa, entre los actos nulos y los anulables, entre las causas de nulidad que puede declarar de oficio un juez y las que sólo pueden invocar las partes, entre la nulidad total y la parcial, entre la nulidad reparable y la irreparable; y finalmente, respecto de los efectos de la nulidad, entre los instrumentos que son nulos *ex nunc* y los que son nulos *ex tunc*.

6. Al investigar la *ratio juris* del artículo 43 conviene compararlo con el artículo 45 en cuanto a la superveniencia de una nueva norma imperativa de derecho internacional general. El artículo 45 trata de la imposibilidad jurídica de ejecución y el artículo 43 de la imposibilidad material. Puesto que el objeto de un tratado es uno de sus elementos esenciales, la desaparición o la destrucción de tal objeto suspende o termina el tratado, como se establece en los párrafos 1 y 2 del artículo 43.

7. La imposibilidad de ejecución a que se refiere el artículo 43 no existe en el momento de celebración del tratado sino que sobreviene más tarde. Pufendorf trazó hace tiempo una distinción entre el caso del Estado que ha contraído un compromiso en la creencia de que podrá cumplirlo, por ignorar la existencia de circunstancias que harían imposible el cumplimiento, y el caso previsto en el artículo 43 en que la ejecución era posible al celebrarse el tratado pero resulta imposible ulteriormente. En el primer caso, el instrumento jurídico es inexistente por faltar en él un elemento esencial; por tanto no origina obligaciones. El Estado que ha contraído el compromiso no tiene el deber de cumplirlo ni el de reparar el perjuicio resultante. En el segundo caso, el de superveniencia de una imposibilidad de ejecución, hay que averiguar si ha habido mala fe; éste es el problema objeto del nuevo párrafo 3.

8. El artículo 43 trata de la superveniencia de una imposibilidad material de ejecución de carácter absoluto. Las obligaciones derivadas del tratamiento no pueden cumplirse en ningún caso, debido a la desaparición o destrucción del objeto del tratado.

9. Sin embargo, cabe preguntarse si no convendría disponer algo sobre la imposibilidad práctica o relativa de ejecución. El anterior Relator Especial, Sir Gerald Fitzmaurice, se ocupó de eso en su segundo informe². El asunto es delicado por los peligros que entraña para la estabilidad de los tratados. No obstante, habría que estudiar la posibilidad de englobar los casos previstos por doctrinas tales como la noción continental del estado de necesidad y el concepto de la propia conservación del derecho anglosajón. El tema merece examen porque hay algunos precedentes de jurisprudencia al

¹ Véase 832.ª sesión a continuación del párr. 27, y párr. 28.

² Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1957, vol. II, págs. 53 y s.s.