

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.

respecto, en particular la decisión del Tribunal Permanente de Arbitraje en su laudo de 1912 sobre el caso de las reparaciones de guerra de Turquía: «Por poco que la responsabilidad ponga en peligro la existencia del Estado, constituirá un caso de fuerza mayor que podrá ser invocado en derecho internacional público, igual que por un deudor privado»³. En dicho caso el Tribunal estimó que Turquía no había demostrado el estado de necesidad.

10. Los tratados internacionales, sobre todo los de carácter económico, contienen a menudo disposiciones sobre la imposibilidad relativa de ejecución. Ejemplo de ellas son el artículo 19 del Convenio y Estatuto sobre el régimen de las vías navegables de interés internacional, firmado en Barcelona el 20 de abril de 1921⁴; los artículos 7 y 16 del Convenio y Estatuto sobre el régimen internacional de los puertos marítimos, firmado en Ginebra el 9 de diciembre de 1923⁵, y el artículo 89 del Convenio de Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944⁶.

11. A su modo de ver, esos casos no quedan previstos en el artículo 44, relativo a un cambio fundamental en las circunstancias. Ese artículo no trata de la imposibilidad de ejecución, sea absoluta o relativa, sino del caso en que el tratado haya perdido todo sentido. Poco importa desde ese punto de vista que la norma *rebus sic stantibus* se interprete subjetivamente, como basada en la interpretación de la voluntad de las partes, o bien objetivamente, como dependiente de los efectos del tiempo sobre un tratado de duración ilimitada. No son casos a los que sea aplicable la doctrina de la frustración ni la teoría de la imprevisión: los fines del tratado no se han frustrado en modo alguno, ni ha habido ninguna imprevisión. Los casos a que alude el orador son aquellos en que la ejecución, sin ser totalmente imposible, resulta difícilísima por haber sobrevenido ciertas circunstancias. Por ejemplo, a Suiza, país neutral durante la segunda guerra mundial, sólo le permitían los beligerantes recibir cantidades ínfimas de materias primas; por consiguiente, existía una imposibilidad relativa de ejecución de tratados por los cuales Suiza se había comprometido a suministrar ciertas manufacturas.

12. Convendría suprimir el nuevo párrafo 3 porque el problema a que se refiere es puramente una cuestión de responsabilidad del Estado.

13. El Sr. AGO dice que si la imposibilidad de ejecución resulta de una falta cometida por una parte que tenía obligaciones específicas sea en virtud del tratado, sea de una norma general, esa parte es responsable no sólo del incumplimiento de dichas obligaciones específicas sino también de la no ejecución del tratado en general. La supresión de lo dispuesto en el nuevo párrafo 3 podría hacer desaparecer la segunda de esas dos formas de responsabilidad, toda vez que, con la desapa-

rición del tratado, ya no habría obligación de ejecutarlo. En consecuencia, conviene enunciar la norma de que si la imposibilidad de ejecución obedece a la violación del tratado por una parte, ésta no podrá alegar la imposibilidad como motivo para poner término al tratado o suspender su aplicación. Sin esa forma, les sería demasiado fácil a las partes librarse de su deber primordial de ejecutar el tratado.

14. El Sr. RUDA apoya la sugerencia del Relator Especial de que se invierta el orden primitivo de los párrafos 1 y 2. La expresión «el objeto de los derechos y obligaciones estipulados en el tratado» recarga innecesariamente el texto del nuevo párrafo 1; debiera bastar la palabra «objeto».

15. En el nuevo párrafo 2, las palabras iniciales «Si fuese claro que tal imposibilidad de ejecución» oscurecen un tanto el texto; podría muy bien abreviarse la frase diciendo «Si tal imposibilidad». Además ello tendría la ventaja de armonizar la redacción de los párrafos 1 y 2.

16. En lo que respecta al nuevo párrafo 3 que se propone, los argumentos del Sr. Ago le han convencido de que esa disposición sería útil.

17. Parece igualmente importante conservar el nuevo párrafo 4, pero quizá no sea el artículo 43 el lugar adecuado para expresar esa idea también aplicable del artículo 44. En consecuencia, sugiere que el párrafo pase a ser un artículo distinto cuyas disposiciones se aplicarían tanto al artículo 43 como al 44.

18. El Sr. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA dice que el párrafo 1 plantea un problema de terminología. La Comisión eligió deliberadamente la fórmula inglesa «*the subject-matter or the rights and obligations contained in the treaty*», que difiere conscientemente de la fórmula del artículo 69 aprobado en 1964, en el que se emplea la expresión «*the objects and purposes of the treaty*». Desgraciadamente, en las versiones francesa y española del artículo 43 el concepto de «*subject-matter*» ha sido expresado con el vocablo «*objet*» en francés y «*objeto*» en español, es decir la misma palabra que se emplea en las versiones francesa y española del artículo 69 como equivalente del término «*objects*» en la expresión «*objects and purposes*». Esta dualidad origina algunas dudas en cuanto al sentido del párrafo 3 del artículo 43 y plantea un problema que habrá de estudiar el Comité de Redacción.

19. El Sr. YASSEEN dice que el Sr. Ago ha trazado una ingeniosa distinción entre dos clases de responsabilidad. Es cierto que existe una responsabilidad por la violación y otra por la no ejecución del tratado. Ahora bien, sea como fuere, la responsabilidad puede fundarse en último término en una norma de derecho internacional. Por ello, aunque se ponga término al tratado a causa de la absoluta imposibilidad de ejecutarlo, no desaparecerá la responsabilidad inherente a la no ejecución; pero este artículo no es el lugar adecuado para tratar la cuestión de la responsabilidad.

20. El Sr. AGO hace notar al Sr. Yasseen que, según los dos primeros párrafos del artículo, el Estado puede invocar la imposibilidad de ejecución como motivo para

³ J. B. Scott, *Cases of International Law* (1922), vol. I, página 545.

⁴ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. VII, pág. 35.

⁵ *Ibid.*, vol. LVIII, pág. 285.

⁶ Colección Legislativa de España, *Legislación y disposiciones de la Administración Central*, vol. I, pág. 936.

poner término al tratado o suspender su aplicación, lo que equivale a poner término a las obligaciones en él previstas. Si se admite la existencia de responsabilidad por la no ejecución del tratado, no cabe permitir al mismo tiempo que el Estado declare que el tratado ha dejado de existir, porque en ese momento terminaría la obligación de ejecutarlo.

21. El Sr. de LUNA, refiriéndose al ejemplo que dio en la sesión anterior de un tratado de extradición relativo a una persona determinada, dice que aún no alcanza a ver cómo se puede exigir la aplicación de ese tratado si la persona ha fallecido, aunque su muerte sea imputable al Estado que en virtud del tratado tenía el deber de entregar la persona en cuestión al otro Estado. En tal caso, se plantea indudablemente un problema de responsabilidad, pero que no tiene nada que ver con el artículo 43.

22. El PRESIDENTE, interviniendo como miembro de la Comisión, dice que cabe hacer una distinción entre la responsabilidad que dimana del tratado, análoga a la responsabilidad *ex contractu* del derecho privado, y la responsabilidad que existe en ciertos casos al margen del tratado. Si la Comisión quiere prever ambos tipos de responsabilidad, puede decir que existe siempre responsabilidad por determinadas formas de conducta, independientemente de las obligaciones que nacen del tratado. La evolución reciente del derecho internacional público, y más especialmente la del derecho de los tratados, tiende a generalizar instituciones como el deber de reparar el daño y el de actuar con diligencia. A este respecto, el orador no comparte el parecer del Sr. Yasseen.

23. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, contestando al Sr. de Luna a propósito del concepto general y de los efectos del artículo 43, dice que las disposiciones del artículo sólo tratan de los casos de imposibilidad real de ejecución, sea permanente o temporal. La Comisión no ha pasado por alto enteramente la cuestión de la fuerza mayor, que él examinó en su segundo informe, en el párrafo 7 del comentario al artículo 21, relativo a la disolución de un tratado por haberse hecho imposible o ilícita su ejecución. En ese párrafo explicó que los casos de imposibilidad de ejecución cuya permanencia es dudosa «podrían considerarse simplemente como casos en que podría alegarse la fuerza mayor para eximir de responsabilidad a una parte por el incumplimiento del tratado». Sin embargo, añadió: «Pero cuando existe una imposibilidad prolongada de ejecutar obligaciones continuas parece mejor reconocer que el tratado puede ser suspendido. Tal vez conviniera agregar que un caso obvio de imposibilidad, la que resulta de la ruptura de hostilidades, no está comprendida... ni prevista en el presente artículo. Los efectos de la guerra en los tratados plantean cuestiones especiales, y no están previstos en el presente informe»⁷.

24. Después de examinar ese artículo en 1963, la Comisión resolvió que la cuestión de la fuerza mayor podría muy bien dejarse para tratarla como parte del tema

de la responsabilidad de los Estados y que el artículo sobre la superveniencia de una imposibilidad de ejecución debería referirse únicamente a la suspensión o terminación del tratado como resultado de dicha imposibilidad. En interés de la estabilidad de los tratados, las disposiciones sobre esta materia se han redactado en términos restrictivos. No obstante, quizá debieran el Comité de Redacción y la propia Comisión examinar si por lo que se refiere a la fuerza mayor existe, no sólo en el artículo 43 sino en todo el proyecto de artículos, una laguna que sea preciso colmar.

25. En cuanto al texto del párrafo 1, la frase «*the subject-matter of the right and obligations contained in the treaty*» sigue la terminología que suelen utilizar los juristas anglosajones en materia de anulación de contratos por imposibilidad de ejecución. Esa frase quizá tenga un matiz que la distingue un tanto de la noción de «objeto del tratado». Se refiere a las materias a que están vinculados los derechos y obligaciones del tratado. Incluso dicha frase pudiera resultar demasiado restringida porque puede haber casos en que la imposibilidad se deba a la desaparición de ciertos factores físicos esenciales para la ejecución del tratado y no a la destrucción de las cosas a que están vinculados los derechos y obligaciones. El Comité de Redacción debería estudiar el asunto, así como el empleo de las palabras «desaparición» y «destrucción».

26. Observa que la Comisión aprueba en general la forma en que ha reordenado los dos primeros párrafos a fin de destacar que la suspensión debe ser el resultado natural, y la terminación únicamente la solución extrema. Ésa es precisamente la razón por la que ha empezado el párrafo 2 con las palabras «Si fuese claro que»; en todos los casos en que el carácter permanente de la imposibilidad de ejecución no sea evidente se aplicará la norma del párrafo 1 y, por tanto, no se pondrá fin al tratado sino que se suspenderá simplemente su aplicación.

27. Ha incluido los dos nuevos párrafos 3 y 4 para que la Comisión tenga la oportunidad de examinar los dos problemas a que se refieren. Su propósito fue plantear también esas cuestiones en el artículo 44, ya que pueden plantearse asimismo en relación con sus disposiciones, y a su debido tiempo invitará a la Comisión a estudiar si conviene incluir párrafos análogos en dicho artículo.

28. Después de escuchar las observaciones formuladas por el Sr. Yasseen en la sesión anterior, tiene el convencimiento de que el párrafo 3 es necesario no sólo en el artículo 43 sino quizá también en el 44, aunque enuncia simplemente el principio general de derecho, y de derecho internacional, de que nadie puede sacar partido de su propia culpa. Los párrafos 1 y 2 establecen en términos generales un derecho de suspensión o terminación en beneficio de cualesquiera partes en el tratado. Por ello, es conveniente mantener el nuevo párrafo 3, cuyo objeto es excluir la posibilidad de que un Estado invoque el artículo 43 para limitar la responsabilidad que le incumbe por su propia culpa. Si no se incluyera ese párrafo, la parte culpable podría ampararse en el artículo 43 y alegar que, debido a la terminación del tratado, sus obligaciones conforme a éste habían dejado de existir. Por consiguiente, el orador no está del todo

⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, pág. 92.

de acuerdo con el Sr. Yasseen en que toda la cuestión puede ser regulada en el derecho relativo a responsabilidad de los Estados.

29. En cuanto al nuevo párrafo 4, está de acuerdo en que la idea en él recogida, caso de incluirla en el proyecto, debe figurar en otro lugar, ya que no sólo es aplicable al artículo 43 sino también al artículo 44. Sin embargo, no puede compartir el parecer de quienes han indicado que su alcance debería ampliarse aún más.

30. Debe recordarse que el párrafo 1 del artículo 52 sobre las consecuencias jurídicas de la nulidad de un tratado especifica que esa nulidad no menoscabará la validez de los actos realizados de buena fe conforme a las disposiciones del instrumento nulo antes de que se alegare la nulidad, y dice también que «Las partes en ese instrumento podrían ser obligadas a restablecer, en la medida de lo posible, la situación que hubiere existido si esos actos no se hubieren realizado.»

31. La situación es muy distinta en las circunstancias previstas en los artículos 43 y 44, que se refieren a un tratado válido. El nuevo párrafo 4 se refiere al caso en que, habiendo una parte ejecutado parcialmente sus obligaciones emanadas de un tratado, surge cierta desigualdad a la terminación del tratado debido a los mayores beneficios obtenidos por las otras partes. El nuevo párrafo trata del difícil problema de restablecer el equilibrio entre las partes interesadas. Por lo mismo, su contenido guarda relación con las disposiciones del artículo 53 sobre las consecuencias jurídicas de la terminación de un tratado.

32. Sin embargo, la norma enunciada en el nuevo párrafo 4 no es de aplicación general. Es evidente que no se aplica a los casos de terminación mediante acuerdo, en los que las consecuencias de la terminación han de ser decididas de común acuerdo por las partes. Tampoco es aplicable al caso de la violación, que crea sus propios problemas. Su campo de aplicación se limita a los casos de terminación producidos independientemente de la acción de las partes, casos que están comprendidos en el artículo 43 sobre la superveniencia de una situación que hace imposible la ejecución, y en el artículo 44 sobre el cambio fundamental en las circunstancias.

33. Tiene la impresión de que, en su conjunto, la Comisión estima que el párrafo 4 merece un examen más a fondo, aunque la mayoría de sus miembros desean reservar su posición definitiva hasta que el Comité de Redacción haya dado una expresión más concreta a la norma enunciada en dicho párrafo y haya dado su parecer al respecto.

34. Quizá convenga que el Comité de Redacción estudie también si el artículo 43 no debe llevar una disposición parecida al apartado *c* del párrafo 1 del nuevo texto propuesto para el artículo 44, el cual excluye la posibilidad de que una parte alegue un cambio de circunstancias previsto en el tratado y cuyas consecuencias hayan sido objeto de disposiciones en el mismo (A/CN.4/183/Add.3, pág. 21). En el caso a que se refiere el artículo 43 es menos probable que las partes prevean las circunstancias que pueden causar la superveniencia de una imposibilidad de ejecución. No obstante,

como se ha indicado que algunos tratados relativos a la producción de energía hidroeléctrica contienen cláusulas que prevén la sequía y otros desastres naturales que pueden impedir el suministro de electricidad, el Comité de Redacción debería examinar en términos generales si también en el artículo 43 sería útil una disposición de ese tipo.

35. El Sr. de LUNA nunca ha puesto en duda que el nuevo párrafo 3 trate de un verdadero problema de responsabilidad del Estado. Lo que ha sostenido es que sería absurdo afirmar la posibilidad de hacer revivir un tratado al que se ha puesto término debido a la destrucción total de su objeto.

36. Dado que el nuevo párrafo 3 tiene por objeto prever una cuestión de responsabilidad del Estado, la Comisión debiera expresarlo claramente en el texto. El párrafo debería modificarse de modo que diga que las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no eximirán a un Estado de la responsabilidad en que pueda haber incurrido si la imposibilidad de ejecución se debe a una violación del tratado por dicho Estado.

37. El mismo problema de responsabilidad del Estado surge también en relación con varios otros artículos, en particular los que se refieren al dolo y a la coacción.

38. El Sr. YASSEEN teme que se hayan comprendido mal sus anteriores observaciones. No ha querido decir que deba eximirse de toda responsabilidad a la parte que alegue una imposibilidad de ejecución que ella misma ha provocado al violar el tratado. Lo que ha querido decir es que el artículo 43 debe aplicarse a todas las partes sin distinción, incluso la parte infractora. Cuando hay imposibilidad de ejecución, la imposibilidad es absoluta y no hay ningún motivo para negar, incluso al Estado por culpa del cual aquélla existe, el derecho a alegarla para no cumplir una obligación.

39. Sobre este punto comparte el parecer del Sr. de Luna. La opinión de ambos difiere de la de otros miembros de la Comisión, no tanto por lo que respecta al fondo, cuanto en lo referente a la redacción. Quizá pudiera agregarse al artículo la salvedad de que éste no se refiere a la cuestión de la responsabilidad resultante de la situación mencionada. Sigue creyendo que incluso la responsabilidad por la violación del tratado tiene su origen en una norma de derecho internacional.

40. El PRESIDENTE, interviniendo como miembro de la Comisión, reconoce que ésta puede vacilar legítimamente entre dos tesis: según una, derivada del derecho interno de las obligaciones, el contrato deja de existir al desaparecer su objeto; según la otra, basada en el concepto del delito, la parte que lo ha cometido está obligada, si no a restablecer el *statu quo*, lo que con frecuencia es imposible, al menos a restablecer cierta situación teniendo en cuenta los deberes impuestos por el tratado.

41. Personalmente, ha optado por apoyar la tesis de los Sres. Tunkin y Ago por estimarla preferible para la seguridad del orden internacional. Ofrece mayores garantías de que no se eludirán las obligaciones que abarca la rama del derecho internacional relativa a los tratados.

42. El Sr. AGO señala que la imposibilidad material de ejecutar un tratado no significa necesariamente que deje de existir la obligación jurídica por él creada. Cuando esa imposibilidad sobreviene sin culpa del Estado, éste puede no sólo encontrarse en la imposibilidad material de ejecutar el tratado sino también declarar que ya no está obligado jurídicamente a hacerlo. Por el contrario, si la imposibilidad de ejecución resulta de una falta del Estado, éste puede encontrarse en la imposibilidad de ejecutar el tratado, pero no puede declarar que no está obligado a ejecutarlo. Ése es el verdadero sentido del artículo 43.

43. El Sr. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA dice que todos los miembros están en principio de acuerdo sobre la solución práctica que se ha de adoptar en el caso previsto en el nuevo párrafo 3; el tratado termina y el Estado culpable de una violación es responsable. Las opiniones sólo discrepan acerca de la cuestión doctrinal del fundamento de la responsabilidad del Estado en ese caso. Algunos consideran que la responsabilidad se basa en el propio tratado y es por tanto una responsabilidad *ex contractu*; el Sr. Yasseen la considera como una responsabilidad por efecto de la ley, o *ex lege*; y otros miembros opinan que se deriva de una violación del derecho internacional, o sea *ex delicto*. Procediendo como suele hacerlo la Comisión en tales casos, no debe permitirse que esas discrepancias de orden doctrinal impidan llegar a un acuerdo sobre una disposición concreta.

44. Muchos miembros estiman que el Estado culpable podría invocar las disposiciones de los nuevos párrafos 1 y 2 para exonerarse de su responsabilidad cuando la violación por él cometida determinase la imposibilidad de ejecución. Podría resolverse ese problema mediante una disposición como la del nuevo párrafo 3 del Relator Especial, o bien modificando el párrafo 1 de modo que no puedan desprenderse de él las consecuencias que acaba de mencionar. En todo caso, convendría pedir al Comité de Redacción que formulase en términos adecuados una solución práctica acerca de la cual no hubiese discrepancias en la Comisión.

45. El Sr. TUNKIN dice que, por lo que respecta a las cuestiones doctrinales planteadas, merece tenerse en cuenta la llamada «doctrina de la efectividad» sobre la que tanto se ha escrito recientemente⁸. Según tal doctrina, cualesquiera que sean las circunstancias de la celebración de un tratado, éste será jurídicamente válido si se lleva a efecto, aunque sea por la fuerza; y un tratado válidamente concertado se considerará que ha llegado jurídicamente a su término sólo por haberse impedido mediante el uso de la fuerza su aplicación efectiva. Esa doctrina sanciona el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

46. Debe pedirse al Comité de Redacción que limite las disposiciones del párrafo 3 a la norma de que el Estado culpable de la imposibilidad de ejecución no podrá alegarla como causa para poner término a un tratado o suspender su aplicación. Los problemas de responsabilidad de los Estados que originen esa situación deben

dejarse al Relator Especial que se ocupa del tema de la responsabilidad de los Estados.

47. El Sr. YASSEEN no tiene el menor propósito de invocar la doctrina de la efectividad para explicar su actitud y se limita a ajustarse a la realidad; ahora bien, nada más alejado de la realidad que pretender que una parte pueda estar obligada a hacer algo imposible.

48. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, propone que se remita el artículo 43 al Comité de Redacción, para que lo examine habida cuenta de los debates.

*Así queda acordado*⁹.

ARTÍCULO 44 (Cambio fundamental en las circunstancias)

Artículo 44

Cambio fundamental en las circunstancias

1. Un cambio en las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del tratado podrá alegarse como razón para poner término al tratado o para retirarse de él únicamente en las condiciones previstas en el presente artículo.

2. Cuando se produjere un cambio fundamental en lo que atañe a un hecho o a una situación existente en el momento de la celebración del tratado, podrá alegarse como motivo para poner término al tratado o retirarse de él:

a) Si la existencia de ese hecho o de esa situación hubiere constituido un elemento esencial del consentimiento de las partes en el tratado; y

b) Si la consecuencia de ese cambio fuera modificar en un aspecto esencial el carácter de las obligaciones asumidas en el tratado.

3. El precedente párrafo 2 no se aplicará:

a) A un tratado que fijare una frontera; ni

b) A los cambios en las circunstancias que las partes hubieren previsto y para cuyas consecuencias hubieren tomado disposiciones en el tratado mismo.

4. En los casos a que se refiere el artículo 46, si el cambio en las circunstancias previsto en el párrafo 2 sólo tuviere que ver con determinadas cláusulas del tratado, ese cambio podrá alegarse como razón para poner término únicamente a esas cláusulas. (A/CN.4/L.107, página 40.)

49. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el artículo 44, para el cual el Relator Especial ha propuesto el nuevo texto siguiente:

1. Un cambio fundamental ocurrido en cuanto a un hecho o estado de cosas existente en el momento de la celebración del tratado únicamente podrá ser alegado por una parte como causa para poner término al tratado o retirarse de él:

a) si la existencia de ese hecho o estado de cosas constituyera un elemento esencial del consentimiento de las partes en quedar obligadas por el tratado;

b) si la consecuencia de ese cambio fuese modificar en un aspecto esencial el carácter de las obligaciones permanentes asumidas en el tratado; y

⁸ Jean Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, París, 1964.

⁹ Véase reanudación del debate en los párrs. 33 a 37 de la 842.ª sesión.

c) si el cambio no hubiese sido previsto por las partes y sus consecuencias no hubieran sido objeto de disposiciones en el tratado mismo.

2. No podrá alegarse un cambio fundamental como causa para poner término a una disposición del tratado por la cual se haya fijado una frontera o efectuado un traspaso de territorio, ni para retirarse del tratado en cuanto a tal disposición. (A/CN.4/183/Add.3, pág. 21.)

50. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que por el momento no ha incluido en el artículo 44 ninguna disposición sobre divisibilidad ya que este problema se estudiará en su totalidad más adelante.

51. Al examinar de nuevo el texto del artículo adoptado en 1963 llegó a la conclusión de que el párrafo 1, que en realidad constituye una introducción, era innecesario y repetía lo dicho en el párrafo 2, por lo que resolvió suprimirlo.

52. En el Comité de Redacción se ha manifestado una clara tendencia a enunciar en forma negativa los artículos sobre terminación y suspensión, de modo que el orador supone que el Comité de Redacción deseará hacer lo mismo con respecto a su nuevo texto del párrafo 1, que en tal caso habría que modificar sustituyendo «únicamente» por «no» delante de la palabra «podrá», agregando al final las palabras «a menos que» y suprimiendo en cada uno de los tres apartados la palabra «si». No es muy partidario de enunciar en forma negativa normas jurídicas que consagran el derecho a invocar motivos de invalidez o terminación, pero el Comité desea hacer hincapié en la estabilidad de los tratados y en el carácter excepcional de las causas que pueden alegarse para la terminación.

53. En cuanto al párrafo 2, ha tenido en cuenta la sugerencia del Gobierno de Israel de que su terminología se hiciera coincidir con la del artículo 34, en su versión inglesa, empleando la expresión «*state of facts*». Ahora bien, en la versión inglesa del artículo 34 el Comité de Redacción la ha sustituido por la palabra «situación», y si la Comisión aprueba este cambio, él retirará su propuesta.

54. Le ha parecido aceptable la sugerencia del Gobierno de Australia encaminada a insertar la palabra «permanentes» después de «obligaciones», pues así queda claro que las obligaciones aludidas son las que aún no han sido cumplidas. Por inadvertencia, las palabras «asumidas en el» figuran en el apartado *b* del párrafo 1; según ha indicado en las observaciones que hace en su informe, habría que sustituirlas por la expresión «que hayan de cumplirse en virtud del», a fin de destacar bien esa misma idea.

55. Al examinar el texto del párrafo 3 adoptado en 1963, llegó a la conclusión de que las dos excepciones previstas eran de índole muy diferente y que sería más lógico trasladar la segunda al nuevo párrafo 1, por estar estrechamente relacionada con las condiciones para la aplicación de la norma enunciada en el artículo 44. De no aceptarse este cambio, la excepción podría figurar en un párrafo aparte.

56. Se recordará que, en su propuesta inicial, la primera excepción se aplicaba a un grupo de tratados más

amplio que el de aquellos por los que se fija una frontera¹⁰, pero la Comisión decidió reducir el alcance de la disposición. Tal vez convenga estudiar de nuevo el asunto, tanto más cuanto que el Gobierno de Australia ha puesto una fórmula más general que abarcaría los tratados de determinación de los límites territoriales de la soberanía. En lo que respecta al estilo, la fórmula «A las estipulaciones de un tratado por el cual... se fije una frontera», que propone el Gobierno de los Países Bajos en sus observaciones, tal vez sea preferible a la expresión «A un tratado que fijare una frontera.»

57. Como ha indicado el orador en el párrafo 8 de sus observaciones, el Gobierno del Canadá ha hecho notar que la Comisión tal vez no ha tenido en cuenta la posibilidad de que la frontera señalada por un *thalweg* sea alterada por un fenómeno natural como una inundación. A su juicio, no hace falta tener en cuenta tal hipótesis pues un caso de ese género supondría simplemente la interpretación del tratado conforme al cambio habido en la situación de hecho.

58. La Comisión tendrá que determinar si el artículo 44 es lo bastante amplio para comprender el cambio de circunstancias provocado por una violación que altere por completo la naturaleza del tratado. Tendrá también que decidir si deben incluirse disposiciones sobre «violación» y «compensación equitativa» en los casos en que sobrevenga un cambio fundamental de las circunstancias.

59. El Sr. VERDROSS felicita al Relator Especial por su versión revisada del artículo 44. Nunca hasta ahora se han enunciado tan claramente los tres requisitos para poner término a un tratado en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*.

60. De todos modos, la cláusula inicial del párrafo 1 es algo débil. Según Anzilotti y otros eminentes juristas, un Estado no puede invocar la cláusula *rebus sic stantibus* para sustraerse a un tratado a menos que haya procurado antes llegar a un arreglo amistoso por la vía diplomática, idea que informaba la Declaración aprobada por las grandes Potencias en Londres en 1871¹¹. Ciertamente es que, en principio, hay que distinguir entre normas sustantivas y normas procesales, pero hay casos en que el cumplimiento de un procedimiento determinado es condición imprescindible para hacer valer un derecho. Del mismo modo que hay que agotar todos los recursos del derecho interno antes de entablar una reclamación por la vía diplomática, también habrá que agotar los procedimientos diplomáticos antes de invocar la cláusula *rebus sic stantibus*. El hecho de poner término a un tratado invocando esa cláusula es tan grave que debería exigirse al menos la previa búsqueda de una solución amistosa. La fórmula en que él piensa difiere de las sugeridas por algunos gobiernos que quisieran prever el recurso a la Corte Internacional de Justicia o a un tribunal de arbitraje; tales procedimientos requieren un acuerdo especial entre las partes, en tanto que las representaciones por la vía diplomática son admisibles conforme al derecho internacional general. El Comité de

¹⁰ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, pág. 90.

¹¹ *British and Foreign State Papers*, vol. LXI, pág. 1198.

Redacción podría estudiar la posibilidad de enunciar esa idea en la primera frase del párrafo 1.

61. Acepta la norma enunciada en el párrafo 2 sobre los tratados que fijen fronteras o determinen traspasos de territorio. No es una norma especial sino simplemente la aplicación de la norma más general de que la cláusula *rebus sic stantibus* no rige para los tratados ya ejecutados totalmente, pues para invocar dicha cláusula han de subsistir obligaciones nacidas del tratado. Cuando el tratado ha sido totalmente ejecutado cesa de engendrar obligaciones y, por tanto, la cláusula es inaplicable. Si el Estado A cede un territorio al Estado B, la soberanía sobre ese territorio pasa al Estado B y el tratado queda plenamente ejecutado. Análogamente, si un Estado se obliga a pagar cierta indemnización en plazos anuales, al pago del último plazo el tratado queda ejecutado en su totalidad y ya no puede invocarse la cláusula *rebus sic stantibus*.

62. Por consiguiente, quizá fuera preferible enunciar en el párrafo 2 la norma general de que la cláusula *rebus sic stantibus* no es aplicable al tratado que haya sido totalmente ejecutado; los ejemplos pueden mencionarse en el comentario.

63. El Sr. CASTRÉN dice que la mayoría de los cambios introducidos por el Relator Especial en el texto de 1963 son de pura forma. Algunos de ellos constituyen mejoras, aunque el texto revisado puede todavía perfeccionarse. Aprueba la integración del párrafo 1 y el pasaje inicial del párrafo 2 de 1963. El texto resulta así más conciso y tiene menos repeticiones, aunque la frase inicial del párrafo 1 y apartado *a* de ese párrafo son redundantes.

64. Lo más grave es que como el nuevo texto se refiere únicamente a cambios fundamentales, cabe pretender maliciosamente que, tratándose de otras modificaciones menos importantes, puede alegarse tal estado de cosas para poner término al tratado. Con objeto de evitar ese equívoco, así como las repeticiones inútiles, debe suprimirse la palabra «fundamental» de la frase inicial del párrafo 1 y sustituir las palabras «si la existencia de ese hecho o estado de cosas constituyera» por las palabras «si tal cambio fuera fundamental y afectara a». Asimismo, debe sustituirse «cambio fundamental», en el párrafo 2, por las palabras «cambio de las circunstancias».

65. No se opone a que se mantenga la palabra «permanentes» en el apartado *b* del párrafo 1, pero la considera superflua.

66. También considera ambiguo el sentido del apartado *c* del párrafo 1, que en su nuevo contexto se presta a la absurda deducción de que no se permitirá invocar una disposición del tratado que prevea las consecuencias de un cambio de las circunstancias. Esa disposición debe trasladarse a otro párrafo aparte, como en el texto de 1963.

67. Tal vez haya ido excesivamente lejos el Relator Especial al ampliar el alcance del párrafo 2 a los tratados por los que se efectúa un traspaso de territorio. En 1963, la Comisión se abstuvo deliberadamente de mencionar esos tratados, pero el Relator Especial vuelve a mencionarlos en su nuevo proyecto, aunque en for-

ma ligeramente distinta. La importancia de la excepción relativa a los tratados territoriales se acentúa por el hecho de dedicar un párrafo independiente a esos tratados y a los que fijan fronteras. La Comisión debe volver a la estructura del texto de 1963 y abordar ese problema en el párrafo relativo al cambio de las circunstancias previsto por las partes en el tratado, pero invirtiendo el orden de los dos párrafos. También podría ser una solución satisfactoria la que propone el Sr. Verdross.

68. Respondiendo al Sr. Verdross, que teme que pueda invocarse el artículo infundadamente, dice que el caso está previsto por lo menos en parte en el artículo 51, que trata del procedimiento y del deber de negociar con la otra parte antes de declarar nulo o inaplicable el tratado.

69. El Sr. de LUNA opina que, salvo pequeños detalles, el nuevo texto del artículo 44 constituye una neta mejora. Las tres condiciones que han de cumplirse siguen un orden lógico y se enuncian con claridad. Quizá conviniera precisar que esas condiciones son acumulativas, aunque esto sea evidente.

70. La incorporación al apartado *b* del párrafo 1 de la palabra «permanentes» es también una mejora, aunque no sea estrictamente necesaria, pues desde el momento en que se ha ejecutado el tratado deja de ser executorio.

71. Aprueba las observaciones del Sr. Verdross acerca del párrafo 2. No se opone a que se amplíe el alcance de la disposición a los tratados por los que se efectúan traspasos de territorio, pues éstos constituyen siempre transacciones concretas; es imposible traspasar un territorio indeterminado, con fronteras sin delimitar. Por ello, la disposición no es superflua.

72. Si bien es cierto, como ha dicho el Sr. Verdross, que a lo largo de la historia de la cláusula *rebus sic stantibus* se ha sostenido siempre que no se puede colocar a las partes, sin ser oídas, ante el hecho consumado de una denuncia unilateral, se pregunta si, prescindiendo del procedimiento especial previsto en el artículo 51, ofrece alguna ventaja la condición de que haya habido negociaciones. La jurisprudencia de la Corte ha puesto de relieve que esa condición es un simple trámite, es decir, que las partes la cumplen una vez que han adoptado su posición, aun cuando no hayan negociado de buena fe. Por otra parte, el párrafo no se presta al establecimiento de una condición *de contrahendo*.

73. Encuentra satisfactorio el nuevo texto. El Relator Especial ha mencionado, a propósito del artículo 43 y del artículo 44, la necesidad de estudiar si convendría añadir una cláusula general aplicable a varios artículos que abarque el problema de la buena fe, llamado también de «*clean hands*». El cambio fundamental de circunstancias puede ser espontáneo, sin intervención de las partes, o consecuencia indirecta de sus actos, o atribuible a un Estado que de modo ilícito haya alterado las circunstancias fundamentales. Los artículos 43 y 44 son probablemente el lugar adecuado para una disposición de esa índole. Otra solución sería preparar un artículo aparte, de carácter general, con referencia a todos los casos de aplicación al Estado cuyos actos provoquen un

cambio de circunstancias y la consiguiente imposibilidad de ejecutar el tratado.

74. El Sr. BRIGGS dice que, como puede verse por las observaciones que formuló en las sesiones 695.^a y 710.^a ¹², le resultó difícil aceptar el artículo 44 y se abstuvo de votar sobre él. En aquel entonces indicó que el artículo no enunciaba una norma de derecho internacional sino una doctrina que, aunque invocada por ciertos Estados, nunca había sido sancionada por ningún tribunal internacional ¹³.

75. Como se indica en el párrafo 3 del comentario de 1963 sobre el artículo 44, los tribunales nacionales siempre han acabado por rechazar la aplicación del principio *rebus sic stantibus* en las circunstancias particulares de los asuntos que se les han sometido. Los Gobiernos de Colombia, los Estados Unidos, Italia y Turquía han señalado el carácter controvertible de ese principio, y otros muchos no han llegado en sus observaciones a aceptar las conclusiones formuladas por la Comisión en los párrafos 1 y 2 del comentario; a saber, que según el derecho internacional los tratados pueden dejar de ser obligatorios para las partes como consecuencia de un cambio fundamental de las circunstancias, y que abundan las pruebas de que ese principio está reconocido como norma de derecho consuetudinario. Trece gobiernos han interpretado la expresión *rebus sic stantibus* como una doctrina, uno como concepto, uno como noción y uno como cláusula. Ocho gobiernos la consideran como principio; sólo tres la denominan norma.

76. En realidad, lo que la Comisión desea con el artículo 44 es el desarrollo progresivo del derecho internacional en una materia respecto de la cual la práctica no está suficientemente avanzada; por ello conviene redactar el artículo con la mayor prudencia.

77. Reconoce que, por lógica, hay que emplear la forma negativa. La expresión «estado de cosas» que figura en el nuevo texto debe sustituirse por «situación».

78. Deben mantenerse en lo esencial los apartados *a* y *b* del párrafo 1, y hay que referirse a las partes en plural a fin de comprenderlas a todas. Las modificaciones introducidas por el Relator Especial en el apartado *b* del párrafo 1 son aceptables, como también lo es el empleo de la palabra «esencial» en ambos apartados.

79. El hecho de que en el párrafo 2 se haga referencia a la terminación de una «disposición» o a la retirada con respecto a ella parece contradecir la afirmación del Relator Especial de que se ha dejado de lado la cuestión de la divisibilidad, y éste es un punto que el Comité de Redacción deberá tener presente. La excepción misma, tal como se enuncia en el párrafo 2, es justificable y debiera mantenerse.

80. La cuestión de la posible inclusión en el artículo 44 de disposiciones análogas a las que figuran en el nuevo texto de los párrafos 3 y 4 del artículo 43 debe aplazarse hasta que se examine el artículo 53.

¹² Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. I.

¹³ *Ibid.*, pág. 153, párr. 29.

81. En su forma actual, el artículo 44 no es satisfactorio. En primer lugar, porque es indispensable una cláusula parecida a la que figuraba en el texto inicial del apartado *a* del párrafo 1 de lo que fue artículo 22, cláusula que decía: «Un cambio en las circunstancias existentes al tiempo de celebrarse el tratado no obstará, de por sí, para que el tratado siga siendo válido» ¹⁴. El propósito que al final de ese texto se añadieran las palabras «ni dará a una parte el derecho de poner término al tratado o de retirarse de él.»

82. En cuanto a la propuesta del Sr. Castrén acerca de la palabra «fundamental», el artículo sólo trata de un cambio fundamental de las circunstancias. A su juicio, convendría aclarar que un mero cambio de las circunstancias no autorizará a una de las partes a poner término al tratado ni a retirarse de él.

83. La segunda razón por la que considera inadecuado este texto es que no contiene ninguna disposición sobre la posibilidad de una decisión judicial, laguna que han señalado siete gobiernos. Cuando el orador señaló lagunas semejantes en otros artículos se le dijo que la Comisión elaboraba normas sustantivas y no se ocupaba del procedimiento para aplicarlas ni de su evolución institucional. De todos modos, coincide con el Sr. Verdross en que el procedimiento puede en algunos casos condicionar el enunciado de la norma propiamente dicha, y en que la idea de una decisión judicial puede incorporarse a la norma sustantiva. En el caso presente, una norma que permita a los Estados alegar el cambio fundamental de las circunstancias debe comprender una disposición que les obligue a intentar primero llegar a un acuerdo; no comparte la opinión del Sr. Castrén de que el artículo es suficiente a este respecto.

84. Por las razones expresadas, cree que incluso la nueva versión del Relator Especial es peligrosamente vaga y difícil de aceptar, a menos que se la modifique considerablemente. Como ejemplo de la clase de peligro a que se refiere, cita el caso de Panamá que invocó contra los Estados Unidos algunos elementos del texto de 1963, pese a que era conocido su carácter provisional, sin mencionar para nada los medios procesales establecidos en el artículo 51.

Se levanta la sesión a las 12.40 horas.

¹⁴ *Ibid.*, vol. II, pág. 92.

834.^a SESIÓN

Miércoles 19 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.