

de Nurenberg, por ejemplo, se planteó la cuestión de si había habido en realidad declaración de guerra. No es cosa de que la Comisión apruebe semejantes prácticas. La radiodifusión puede utilizarse en casos de urgencia pero no constituye una vía oficial normal.

87. El Sr. AGO reconoce que el Sr. Verdross tenía razón al decir que la frase «una vez recibida dicha comunicación» sería más clara; sin embargo, no parece posible introducir en el texto la noción de «recibo» o «recepción». La notificación podría decir, por ejemplo, que «el tratado terminará a los seis meses de la presente notificación», en cuyo caso ese plazo de seis meses comenzaría a contarse desde la fecha de la notificación y no desde la fecha del recibo de la misma. El Comité de Redacción debe esforzarse por evitar toda ambigüedad a este respecto.

88. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que el Comité de Redacción habrá de estudiar la mayoría de las cuestiones suscitadas en el curso del debate.

89. Por lo que respecta al apartado *b*, opina que la Comisión fue demasiado lejos al adoptar el texto de 1963, que no restringía en modo alguno el derecho de revocar la notificación. La propuesta que él ha presentado no va tan lejos como la de la delegación de Polonia (de que el derecho a revocar una notificación debe supeditarse «al consentimiento inequívoco de la otra parte»), ya que se limita a emplear la palabra «consentimiento», que no significa forzosamente acuerdo expreso. Suscribe la interpretación del Sr. Yasseen de que «consentimiento» significa también consentimiento tácito. En cuanto al fondo, pues, su propia propuesta no difiere mucho de la fórmula negativa sugerida por el Sr. Reuter, pero no tiene inconveniente en que se pida al Comité de Redacción que estudie la posibilidad de adoptar un enunciado algo menos tajante. Advierte que el Sr. Briggs y el Sr. Castrén no están aún del todo convencidos, pero espera que el Comité de Redacción consiga elaborar un texto aceptable para todos.

90. En cuanto a los términos «comunicación» y «notificación», se ha atendido a la terminología del artículo 29 *bis*. Su idea era la de una notificación en debida forma, pero el asunto merece ser examinado por el Comité de Redacción en relación no sólo con el artículo 50 sino también con otros artículos.

91. Propone que se remita el artículo 50 al Comité de Redacción para que lo examine habida cuenta del debate.

Así queda acordado ⁸.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

⁸ Véase decisión respecto del ulterior examen del artículo 50 en el párr. 107 de la 842.^a sesión.

837.^a SESIÓN

Lunes 24 de enero de 1966, a las 15 horas

Presidente: Sr. Milan BARTOŠ

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Bedjaoui, Sr. Briggs, Sr. Castrén, Sr. Jiménez de Aréchaga, Sr. Lachs, Sr. de Luna, Sr. Pessou, Sr. Reuter, 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 4; A/CN.4/L.107)

[Tema 2 del programa]

(continuación)

ARTÍCULO 46 (Divisibilidad de las disposiciones de un tratado a los fines de aplicación de los presentes artículos) (*reanudación del debate de la sesión anterior*) ¹

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a seguir examinando el artículo 46.

2. El Sr. YASSEEN felicita al Relator Especial por su nueva versión del artículo 46 que acusa la importancia de la norma y las posibilidades de su aplicación general. Es preferible establecer de una vez el principio de la divisibilidad de los tratados y los criterios que han de regir su aplicación.

3. Los argumentos en apoyo de esa norma han sido discutidos minuciosamente en 1963 y pueden resumirse diciendo que se debe salvar todo lo posible del tratado. Si hubiera una causa de nulidad o terminación de sólo una parte, convendría que su efecto también fuera sólo parcial y que el resto del tratado permaneciese en vigor en todo cuanto fuera posible.

4. Otro problema es el del alcance general del principio de la divisibilidad. ¿Ha de aceptarse el principio en todos los casos? Se lo podría admitir sin dificultad en todos los de terminación de un tratado. Pero cuando se trata de nulidad es preciso proceder con mayor circunspección pues ésta procede a veces de causas que constituyen un reto al orden jurídico internacional o comprometen seriamente el ambiente de confianza necesario para las buenas relaciones internacionales. La sanción para esos casos de bandolerismo internacional debe ser proporcionada a la gravedad del acto; habrá de ser la desaparición de todo el tratado, aunque las partes que deseen salvarlo estarán en libertad de concertar otro en el que eviten las causas de nulidad.

5. Parece que, en la aplicación de ese criterio, la regla concerniente a la divisibilidad solamente habrá de entrar en juego en los casos de dolo y no en los casos de coacción, ni incluso la ejercida sobre el representante del Estado. Esta conclusión sería congruente con la actitud

¹ Véase 836.^a sesión a continuación del párr. 1, y párr. 2.

inequívoca adoptada por la Comisión en cuanto a la coacción, que entraña la nulidad *ab initio*.

6. No tiene nada que objetar a la nueva versión del artículo 46; no es verdaderamente indispensable introducir en ella el concepto de la buena fe ya que éste informa todo el derecho de los tratados. Por último, considera que las excepciones previstas en el párrafo 3 del nuevo artículo 46 deberían comprender no sólo el artículo 37 (incompatibilidad con una norma de *jus cogens*) y el artículo 36 (coacción a un Estado) sino también el artículo 35 (coacción sobre el representante de un Estado).

7. El Sr. TUNKIN estima aceptable en general el nuevo texto del artículo 46 propuesto por el Relator Especial. En 1963 la Comisión se ocupó de la divisibilidad de los tratados de una manera algo fragmentaria, y por carecer de tiempo para un estudio detallado no llegó a una conclusión firme acerca del alcance de la aplicación del artículo. El Relator Especial ha mostrado cómo puede establecerse una norma general que permita eliminar las disposiciones redundantes de cada uno de los artículos concernientes a los casos de aplicación del principio.

8. Admite que la regla de la divisibilidad se aplique a los casos comprendidos en los artículos 31, 32, 39, 40 y 41, pero no puede apoyar la propuesta del Relator Especial de que se la aplique a los tratados celebrados bajo coacción en la persona (artículo 35). A ese respecto comparte en gran medida la opinión del Sr. Yasseen.

9. La mayoría de la Comisión estima a todas luces que un tratado obtenido por coacción en la persona del representante de un Estado es nulo. El uso de la fuerza o de la amenaza contra el representante de un Estado es una peligrosa violación del derecho internacional muy análoga al uso de la fuerza contra el Estado mismo; el resultado en tales casos ha de ser la nulidad del tratado. Por consiguiente, se debe mencionar el artículo 35 además de los otros artículos citados en el párrafo 3 del nuevo texto del Relator Especial para el artículo 46.

10. El Sr. CASTRÉN encuentra aceptable en su conjunto, tanto en el fondo como en la forma, el nuevo texto del Relator Especial. Sin embargo, como han dicho varios oradores, el Comité de Redacción debiera examinar cada artículo de la sección II para ver si la norma de la divisibilidad es aplicable y en qué forma. El Sr. Jiménez de Aréchaga ha propuesto diversas enmiendas que parecen justificadas.

11. Respecto a la colocación del artículo 46, acepta la propuesta del Relator Especial de trasladarlo a una nueva sección titulada «Normas generales», según los artículos 30 y 49.

12. El Sr. RUDA elogia al Relator Especial por el cuidado que ha puesto en la redacción de un difícil artículo. La idea fundamental adoptada en 1963 era que la nulidad, la terminación o la suspensión de la aplicación de un tratado se refieren al tratado en su conjunto. Esta regla general puede admitir ciertas excepciones objetivas y subjetivas si se cumplen las condiciones especificadas.

13. Es nulo un tratado obtenido por coacción sobre un Estado o incompatible con una norma de *jus cogens*; pero en caso de que sea obtenido por coacción sobre un representante, el Estado agraviado podrá escoger entre alegar o no el principio de la divisibilidad del tratado.

14. En cuanto al lugar del artículo 46, si la Comisión acepta el plan propuesto por el Relator Especial, el artículo habrá de permanecer donde está; pero si la Comisión decide volver a la propuesta que hizo el Relator Especial en el 15.º período de sesiones habrá que transferirlo a una sección titulada «Normas generales» al comienzo de la parte II del proyecto.

15. A su juicio, el principio de la divisibilidad del tratado no puede aplicarse a los casos de inobservancia de disposiciones del derecho interno (artículo 31), puesto que ésta difícilmente puede afectar a sólo una parte del tratado.

16. En lo concerniente a la redacción del artículo cree que se podría aceptar una fórmula como la propuesta para el párrafo 1 por el Gobierno de los Países Bajos porque, si bien el criterio de que la nulidad, la terminación y la suspensión afectan en principio a todo el tratado está implícito en el nuevo texto del Relator Especial, no se ha hecho en ello bastante hincapié. La palabra «claramente» debe eliminarse del apartado *a* del párrafo 1 por ser demasiado vaga, y lo mismo ha de hacerse con la palabra «esencial» del apartado *b* del mismo párrafo, pues lo que podría ser considerado como esencial por una parte quizá no lo sea por otra.

17. Aunque aprueba la estructura general del nuevo texto del párrafo 2 del Relator Especial, comparte las dudas manifestadas por el Sr. Yasseen y el Sr. Tunkin acerca del fondo de ese texto.

18. Considera que debe mantenerse el párrafo 3.

19. El Sr. de LUNA felicita al Relator Especial por su nuevo texto. Acepta la propuesta de que el artículo 46 figure en una sección titulada «Normas generales», en cuyo caso sería innecesario que los artículos sustantivos sobre las causas de invalidez, terminación, etc., hiciesen referencia explícita a la regla de la divisibilidad.

20. Coincide con el Sr. Yasseen, el Sr. Tunkin y el Sr. Ruda en cuanto a la referencia al artículo sobre tratados obtenidos mediante coacción en la persona del representante de un Estado. Hay una diferencia manifiesta entre la violencia ejercida contra el órgano de un Estado y la ejercida contra el Estado mismo. La evolución histórica ha hecho afortunadamente que el nuevo derecho internacional proscriba la violencia contra el Estado puesto que la guerra de agresión ha sido declarada delito internacional. Por ello le sorprende un poco que en el párrafo 3 del artículo 46 se pretenda establecer una excepción sólo con respecto al artículo 36 y no también respecto del artículo 35.

21. Grandes controversias en la teoría y en la práctica han suscitado casos como el del Tratado de Madrid de 1526 que el Rey de Francia, Francisco I, se vio obligado a firmar cuando cayó prisionero. Cualesquiera

que sean las doctrinas sostenidas a lo largo de los siglos, incluso en aquella época de monarquía absoluta, jamás se ha considerado válido un tratado celebrado cuando el soberano se encuentra prisionero y sometido a coacción personal. Por consiguiente, si a través de la historia del derecho internacional siempre se ha tenido por nulo el tratado obtenido por coacción sobre un órgano del Estado, pero no el obtenido por coacción sobre el Estado mismo, ¿por qué conceder un trato especial a los casos previstos en el artículo 36 y no a los del artículo 35?

22. Su opinión queda respaldada por los términos del artículo 35 que, acertadamente, habla sólo de la coacción ejercida sobre la persona del representante de un Estado sin distinguir entre las dos posibles clases de amenaza. Evidentemente el supuesto más general es el de la *vis compulsiva*, violencia moral ejercida contra el representante. Ésta entraña el vicio de la voluntad y la nulidad del tratado. El Sr. Yasseen y el Sr. Tunkin han recordado muy oportunamente que la Comisión ha admitido la nulidad causada por vicio de la voluntad. Ahora bien, en su forma actual, el artículo no excluye la idea de coacción absoluta que entraña la inexistencia del acto jurídico. ¿Es que la Comisión va a aceptar el principio de la divisibilidad y aplicarlo a un caso que aunque en realidad sea una mera hipótesis no está expresamente excluido del artículo 35? ¿Se propone convalidar jurídicamente un acto inexistente? El párrafo 3 del artículo 46 debe hacer referencia al artículo 35, que trata juntamente de la *vis compulsiva* y de la coacción absoluta ejercidas sobre el órgano del Estado.

23. ¿Hay que mencionar también al artículo 31 en el párrafo 3 del artículo 46? Según el Sr. Ruda no es concebible un caso de nulidad que no afecte a la totalidad del tratado. El orador no está tan seguro. Aparte del caso en que se haya infringido la Constitución, cabe concebir la hipótesis de que un representante esté autorizado a concertar determinado tipo de tratado. Los tratados pueden contener cláusulas de muy distinta índole, por ejemplo, unas relativas a cesión de territorio y otras de carácter comercial. El representante puede tener poderes constitucionales suficientes para suscribir determinadas cláusulas del tratado pero ser incompetente para suscribir otras. Por supuesto, el caso es raro pero pudiera presentarse. Por todo ello, apoya la sugerencia del Gobierno de los Países Bajos de que en el artículo 46 se mencione también el artículo 31.

24. El Sr. BRIGGS acepta la sugerencia del Relator Especial de que se traslade el artículo 46 a la sección I (Normas generales) de la parte II del proyecto, y de que se supriman de diversos artículos las disposiciones relativas a la regla de la «divisibilidad».

25. Duda de que el principio de divisibilidad sea aplicable a los casos previstos en los artículos 31 y 32 y quizá en otros, pero cree que en vista de la generalidad de los términos del párrafo 1 del artículo 46, es innecesaria una enumeración.

26. Podría suprimirse del apartado *a* del párrafo 1 la palabra «claramente», pero el calificativo «esencial» en

el apartado *b* del mismo párrafo tiene cierta importancia y debe mantenerse.

27. Estima aceptable el párrafo 2 y opina que el Relator Especial ha decidido acertadamente que la regla de la divisibilidad sea aplicable a los tratados conseguidos por coacción en la persona del representante del Estado. El párrafo 3 es aceptable pero quizá debiera suprimirse la referencia al artículo 37 (incompatibilidad con una norma de *jus cogens*) ya que el asunto podría regularse en el párrafo 1.

28. En cuanto a si el nuevo texto invierte la presunción al hacer de la divisibilidad la regla en vez de la excepción, no está seguro de que dicho texto destaque lo suficiente que si las causas de invalidez, terminación, etcétera, afectan a la totalidad del tratado las disposiciones de éste son indivisibles. Quizá sea prudente, como sugiere el Sr. Rosenne, mantener el texto de 1963 del párrafo 1 como párrafo inicial, a fin de subrayar el principio de indivisibilidad de los tratados. A continuación iría el nuevo texto del párrafo 1.

29. El Sr. REUTER aprueba los elogios dirigidos al Relator Especial, pero, a fuer de sincero, ha de manifestar su discrepancia respecto de algunas opiniones sobre diversas cuestiones de principio que considera de gran importancia.

30. Al parecer se pretende excluir del beneficio de la divisibilidad a determinados tratados conseguidos por medios muy censurables. La idea es noble y sería adecuada para una sociedad en la que ya no existiese la soberanía de los Estados. Pero cuando existe tal soberanía, el mantenimiento en determinadas circunstancias de las disposiciones de un tratado que no están afectadas por una causa de nulidad equivale de hecho a una sanción, y si la Comisión suprimiese la posibilidad de mantener en vigor algunas de esas disposiciones quizá suprimiría prácticamente una sanción que tiene cierta eficacia. Dicho de otro modo, disiente de las opiniones expuestas acerca de los efectos del artículo 46 en los casos previstos por el artículo 35, y también del criterio de la Comisión acerca de la divisibilidad de las disposiciones del tratado que sean incompatibles con el *jus cogens*. En apoyo de su tesis cita el caso de un tratado de paz, con una cláusula que más tarde esté en pugna con una norma de *jus cogens* (por ejemplo, el derecho de autodeterminación); las normas que la Comisión está a punto de adoptar destruirían ese tratado de paz. Tales consecuencias son graves y es menester tomarlas en consideración.

31. El Sr. TUNKIN apoya la propuesta de mantener el párrafo 1 del texto de 1963, por expresar más claramente el principio en que se inspira el artículo 46. Es partidario de que se incluya la frase «Sin perjuicio de lo dispuesto en el tratado mismo».

32. El Sr. LACHS dice que el Relator Especial ha conseguido eliminar de su nuevo y excelente proyecto muchos de los defectos del texto anterior.

33. Algunos miembros han pedido que no se mencione el artículo 35 en el párrafo 2 del artículo 46, basándose en que es nulo un tratado obtenido mediante coac-

ción en la persona de un representante. Sin embargo, puede haber casos en que se apliquen diferentes criterios a las distintas disposiciones de un tratado así obtenido y en que el Estado agraviado no desee necesariamente declarar el tratado nulo *ab initio* sino obtener una compensación en conformidad con los propios términos del tratado, aceptando aquellos elementos que hayan sido libremente negociados y rechazando los que se le hayan impuesto. Aunque en la mayoría de los casos el Estado no se valdrá probablemente de su derecho de opción, es importantísimo respetar los intereses del Estado lesionado, conforme a lo dispuesto en el artículo 35.

34. El Sr. ROSENNE dice que, en el curso del debate, se han esgrimido conceptos tales como los de nulidad absoluta y nulidad relativa, y que ahora se ha deslizado en él un nuevo concepto: el de la nulidad objetiva del tratado. Se pregunta qué sentido ha de atribuirse a esa expresión.

35. A su juicio, el Relator Especial ha hecho bien en mencionar el artículo 35 en el párrafo 2 del nuevo artículo 46.

36. El Sr. TUNKIN dice que, de admitirse la noción de existencia objetiva, puede haber una nulidad objetiva; ahora bien, los kantianos, que sostienen que nada sabemos sobre la realidad objetiva, impugnarían ese criterio.

37. No comparte el criterio del Sr. Lachs, que ha expuesto una situación muy excepcional. El objetivo principal de la Comisión debería ser desalentar en lo posible el recurso a la coacción contra los representantes y el uso de la fuerza, declarando nulo *ab initio* todo tratado obtenido por esos medios. De nada serviría elaborar una disposición que permita a un Estado lesionado optar por declarar que el principio de la divisibilidad se aplica a dicho tratado, porque es posible que ese Estado no se atreva a invocar la coacción como causa de invalidez parcial. Los casos previstos en el artículo 35 deben ser excluidos de la aplicación del artículo 46.

38. El Sr. ROSENNE dice que la Comisión ya tiene bastantes problemas de teoría jurídica en que ocuparse para meterse ahora en consideraciones filosóficas.

39. Una de las dificultades que plantea el artículo 35 es que existen muchos tipos distintos de coacción, incluso la ejercida por un tercer Estado, que la Comisión ha decidido considerar sujeta a las disposiciones relativas al error. La cuestión de saber si en el texto actual debería hacerse referencia al artículo 35 sólo se podrá resolver cuando se haya llegado a una decisión acerca del texto de este último y una vez que la Comisión haya resuelto si el artículo 46 debe enunciarse como norma general de que en principio los tratados son indivisibles, constituyendo una excepción a esa norma las disposiciones relativas a la divisibilidad.

40. El Sr. de LUNA aclara que sus observaciones acerca de los artículos 35 y 36 estaban inspiradas por el deseo de que se sigan los mismos criterios jurídicos en todo el proyecto. Cada vez que en un artículo haya razón para admitir la divisibilidad, habrá que admitirla

también en aquellos en que exista la misma razón. Inversamente, si la divisibilidad no se admite en un artículo dado, tampoco se la debe admitir en ningún otro en el que exista la misma razón para negarla.

41. En cuanto al problema de terminología a que se ha referido el Sr. Rosenne, cree que hay tres tipos de nulidad reconocidos en derecho internacional desde hace bastante tiempo para que la Comisión los admita: la inexistencia del tratado, la nulidad absoluta declarada automáticamente y la nulidad relativa que se declara a petición de las partes. Si la Comisión ha acordado que un instrumento jurídico dado era inexistente, o que su nulidad era absoluta, se desprende necesariamente de ello que la Comisión no puede luego, en el artículo sobre la divisibilidad, resucitar ese instrumento.

42. No tiene preferencias por lo que respecta a la terminología; la nulidad, ya se llame absoluta, *ab initio* u objetiva, en ningún caso se deja a la apreciación de las partes y produce sus efectos *erga omnes*. El Sr. Reuter ha dicho acertadamente que constituye una sanción. No es sorprendente que, en la etapa a que ha llegado el derecho internacional, el uso de la fuerza contra un órgano del Estado o contra el Estado, o una violación del *jus cogens*, sean sancionados por la nulidad del instrumento de que se trate. Por su parte, se inclinaría por sanciones aún más severas, a fin de eliminar en lo posible el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. La forma prevista no tiene nada de extraño puesto que recuerda la máxima *fraus omnia corrumpit*: la corrupción no macula sólo una parte del instrumento jurídico sino el instrumento entero.

43. A su juicio, el uso de la fuerza en los casos previstos por la Comisión produce la nulidad absoluta. En consecuencia, la Comisión no debe dejar posibilidad de opción ni siquiera a la parte lesionada, que puede recurrir a otros procedimientos.

44. El Sr. AGO ha oído con inquietud algunas de las ideas que se han expuesto en el curso del debate. En las circunstancias previstas en el artículo 35, es difícil admitir que una norma de nulidad no sólo absoluta y *erga omnes* sino también sin posibilidad de salvar nada del tratado, pueda ser más favorable al Estado lesionado que una norma que deja a ese Estado la posibilidad de optar entre la nulidad absoluta o parcial. Si, a consecuencia de la coacción ejercida contra la persona de su representante, se ha impuesto al Estado un tratado totalmente inaceptable, el Estado podrá sostener que el tratado entero es nulo. Pero éste es un caso extremo. Lo que puede también ocurrir es que el tratado sea el resultado de negociaciones muy complejas y que además de una cláusula impuesta por la coacción, contenga una serie de disposiciones perfectamente válidas e incluso favorables al Estado víctima de la coacción respecto de un punto determinado solamente. Sería sin duda injusto obligar a ese Estado a hacer valer la nulidad del tratado entero y a perder así todos los beneficios que éste podía reportarle, por el hecho de que estaba viciada una sola de sus cláusulas.

45. El Sr. de LUNA ha recordado la máxima *fraus omnia corrumpit*; pero en el artículo 33 sobre el dolo la

Comisión ha decidido que el Estado víctima del dolo pueda optar por invocarlo o no como causa invalidante de su consentimiento. La norma enunciada en el artículo 35 sobre coacción en la persona es más estricta que la del artículo 33.

46. Apoya las observaciones del Sr. Reuter acerca de los inconvenientes que puede ofrecer la anulación completa del tratado que contenga una cláusula incompatible con una norma imperativa de derecho internacional; esa cláusula podría ser un elemento totalmente aparte en un tratado muy complejo. Es evidente que el caso de violación de una norma imperativa es muy grave, pero también es muy raro.

47. En general, la Comisión debiera abstenerse de aumentar exageradamente los casos de nulidad absoluta de un tratado.

48. El Sr. TUNKIN se declara sorprendido por algunos de los argumentos del Sr. Ago sobre la necesidad de salvar por lo menos en parte un tratado. Es mucho más importante desalentar el uso de la fuerza y la coacción contra la persona de los representantes, que constituyen un delito internacional y una amenaza para la paz y las relaciones amistosas entre los Estados. En otros tiempos las Potencias coloniales recurrieron con frecuencia a esa coacción, y la Comisión no debe mostrar ninguna tolerancia respecto de tales prácticas. Si un Estado lesionado desea todavía lograr la finalidad del tratado, debe empeñarse por destruir el tratado original que fue obtenido por la fuerza. Contra el uso de la fuerza solamente las sanciones rigurosas pueden ser eficaces.

49. Parece rebuscado el argumento del Sr. Reuter de que puede haber casos en que sólo una disposición del tratado sea incompatible con el *jus cogens*. Las normas de *jus cogens* no son muchas pero revisten fundamental importancia y, en interés de la paz, la sanción por haberlas violado debe ser la nulidad de todo el tratado.

50. El Sr. CASTRÉN dice que la Comisión difícilmente podrá resolver los problemas que suscita el artículo 46 mientras no haya redactado los otros artículos a que éste se refiere. Propone, por tanto, que se remita el artículo 46 al Comité de Redacción.

51. El Sr. AGO contesta al Sr. Tunkin que ningún miembro de la Comisión desearía salvaguardar en un tratado cosa alguna obtenida mediante la coacción mencionada en el artículo 35. Se trata sólo de la divisibilidad del instrumento, es decir, de la posibilidad del Estado lesionado de optar entre hacer anular todo el tratado o solamente lo que haya sido viciado por la coacción. En todo caso, lo obtenido por coacción queda desechado. Obligando al Estado víctima a renunciar a todo el tratado se le causará un doble perjuicio pues se le hará perder lo que le convenía del tratado y que había sido negociado válidamente. De hecho, la regla de la nulidad absoluta podría resultar ventajosa para el Estado autor de la coacción.

52. Los casos en que una sola cláusula del tratado es incompatible con una norma de *jus cogens* presentan un interés más bien teórico, pero no cabe decir lo mismo de las cláusulas obtenidas por coacción en la persona del

representante del Estado. Por consiguiente, hay que esforzarse por redactar la norma que produzca en la práctica los mejores efectos.

53. El PRESIDENTE reconoce, como miembro de la Comisión, que en ciertos casos conviene salvar de un tratado todo lo que pueda salvarse. Sin embargo, se opone terminantemente a la idea de hacer la menor concesión cuando el tratado se haya obtenido por coacción en la persona del representante del Estado o en el Estado mismo. Aun cuando la coacción sólo se refiera a una cláusula, todo el resto del tratado resultará sospechoso. Incluso si las otras cláusulas parecen ventajosas para el Estado lesionado, puede ocurrir que hayan sido concedidas tan sólo para hacerle aceptar la coacción. La historia diplomática del siglo XIX y de comienzos del XX, en su país sobre todo, muestra que las grandes Potencias han recurrido al tipo de coacción mencionado en los artículos 35 y 36 y que en muchos tratados hay cláusulas resultantes de coacción directa y otras resultantes de coacción indirecta. Es imposible determinar qué cláusulas de un instrumento son resultantes de la coacción y qué cláusulas no lo son. La única solución es declarar nulo todo el tratado.

54. El Sr. REUTER desea saber en primer lugar si el artículo 46 se refiere tanto a los tratados multilaterales como a los bilaterales y, en segundo lugar, si los principios enunciados en el artículo 46 se aplican también a las cláusulas territoriales. Es indispensable elucidar este segundo punto.

55. El Sr. YASSEEN dice que en sus anteriores observaciones intentó formular un criterio que permitiera determinar en qué casos son divisibles los tratados y en qué casos no lo son. A su juicio, hay actos causantes de nulidad que escarnecen el orden jurídico internacional y enrarecen el ambiente de confianza mutua indispensable para el desarrollo de las relaciones internacionales. Cuando un acto de esa índole se produce, no queda anulada una sola cláusula sino todo el tratado.

56. Los casos mencionados por algunos miembros de la Comisión, en los que el Estado víctima podría tener interés en salvar algunas de las cláusulas del tratado, son raros y excepcionales. Estima como el Sr. Tunkin que se trata no tanto de proteger a un Estado cuanto de salvaguardar el orden jurídico internacional y la comunidad internacional entera. Colocando el artículo 35 en la misma categoría que los artículos 36 y 37, excluidos de la aplicación del artículo 46, la Comisión establecería una sanción conforme a la evolución reciente del derecho internacional que condena todo recurso a la violencia y a la coacción en las relaciones internacionales.

57. El Sr. AMADO se declara resueltamente partidario de excluir del beneficio de la divisibilidad el caso previsto en el artículo 35. Un tratado viciado por la coacción en la persona del representante del Estado no puede convalidarse ni siquiera parcialmente; será nulo en su totalidad.

58. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, hace notar que la Comisión en general aprueba la idea expresada en el texto del artículo 46 así como la sugerencia que él hizo de incluir ese artículo en una sección

de normas generales sobre la invalidación y la terminación de los tratados.

59. Varios miembros consideran que en el texto actual debería figurar una disposición como la del antiguo párrafo 1 del texto de 1963 para subrayar que, por lo común, toda causa de invalidación o de terminación concierne al tratado en su conjunto. No tiene inconveniente en que se incluya en debida forma esa norma general de la indivisibilidad de los tratados.

60. No cree que, como propone el Sr. Tunkin, deba reproducirse la expresión «Sin perjuicio de lo dispuesto en el tratado mismo», utilizada en el texto de 1963 del artículo 46. Es casi inconcebible que un tratado contenga disposiciones relativas a su propia invalidación. Hay que tener presente que el artículo 46 no se refiere a los casos de terminación en virtud de un derecho consignado en el tratado mismo.

61. Puede comunicarse al Comité de Redacción la sugerencia de que se suprima el adverbio «claramente» del apartado *a* del párrafo 1 del nuevo texto. Esa precisión se consignó en el texto de 1963, apartado *a* del párrafo 2 del artículo 46, para señalar que normalmente el tratado es indivisible.

62. Es partidario de mantener la palabra «esencial» en el apartado *b* del párrafo 1 del nuevo texto por las razones que ha aducido el Sr. Briggs.

63. En cuanto a la cuestión sustantiva de saber qué artículos deberán mencionarse en los nuevos párrafos 2 y 3, le ha sorprendido lo acalorado del debate. Esa cuestión se discutió largamente en 1963; en la presente reunión se han examinado a fondo las disposiciones del artículo 35 y se ha indicado de manera inequívoca que en él debe estipularse que en principio un tratado será nulo si la manifestación del consentimiento del Estado ha sido obtenida mediante coacción contra la persona de sus representantes.

64. No obstante, no puede afirmarse que la divisibilidad sea inaplicable por el mero hecho de que el artículo 35 haga nulo el tratado obtenido mediante coacción en la persona. Incluso en los casos previstos en los artículos 36 y 37 cabría lógicamente admitir la divisibilidad, pero por razones de política la Comisión no lo ha considerado aconsejable.

65. Del debate se desprende que algunos miembros desean que los tratados negociados en las condiciones descritas en el artículo 35 sean equiparados, desde el punto de vista de la divisibilidad, a los previstos en el artículo 36.

66. No se trata aquí de dejar de condenar, como causa esencial de nulidad, el acto de obtener el consentimiento por coacción en la persona de los representantes. Lo que se pretende es sencillamente dar al Estado lesionado la posibilidad de mantener en vigor el tratado si considera que le conviene. Puede muy bien dejarse esa posibilidad al Estado lesionado, ya que la coacción sólo fue dirigida contra sus representantes como particulares, caso distinto del previsto en el artículo 36 en que se trata de la coacción ejercida contra el propio Estado. La Comisión ha opinado que, cuando el Estado mismo ha sido coac-

cionado debe declararse nulo todo el tratado y que si los Estados interesados desean restablecer relaciones contractuales deben primero hacer borrón y cuenta nueva.

67. De todos modos, la cuestión sustantiva de si se debe mencionar el artículo 36 en el párrafo 2 o en el párrafo 3 del artículo 46 puede muy bien resolverse más adelante una vez la Comisión haya adoptado el texto definitivo de esos dos artículos, como ha indicado el Sr. Castrén. El Comité de Redacción podría entretanto preparar el texto del artículo 46 ya que será fácil introducir en él las modificaciones que resulten de lo que la Comisión decida sobre el fondo del asunto.

68. En el curso del debate, algunos miembros han indicado que no es necesario exceptuar de la aplicación de la regla de la divisibilidad los tratados incompatibles con el *jus cogens* (artículo 37). Señalará, no obstante, que en 1963 predominó en la Comisión el criterio de que la regla de la divisibilidad no debería aplicarse a los tratados incompatibles con una norma ulterior de *jus cogens*.

69. Conviene remitir al Comité de Redacción la cuestión suscitada por el Sr. Ruda a propósito del artículo 31 relativo a la inobservancia del derecho interno.

70. En conclusión, propone que se remita el artículo 46 al Comité de Redacción para que lo examine habida cuenta de los debates.

71. El Sr. de LUNA dice que no ha confundido los casos previstos en el artículo 35 y en el 36. Cuando un tratado se ha obtenido por coacción en la persona de los representantes, la práctica de los Estados ha sido siempre declarar nulo el tratado. Por el contrario, los tratados obtenidos presionando al Estado mismo solían considerarse válidos conforme a las antiguas normas del derecho internacional, y sólo en tiempos muy recientes se ha reconocido el principio de que un instrumento internacional conseguido mediante la fuerza o la amenaza es absolutamente nulo.

72. Como ha señalado el Sr. Yasseen, la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa de un tratado depende de la importancia que la comunidad internacional atribuye a la cuestión. Las partes lesionadas no pueden condenar los casos de nulidad que revistan importancia fundamental para el orden jurídico internacional; en tales casos, la nulidad es absoluta y puede declararse de oficio. Como ya ha dicho, la coacción contra un representante determina la nulidad absoluta del tratado.

73. Al margen de esas consideraciones de principio, hay razones de orden práctico que impiden la aplicación de la regla de la divisibilidad a los tratados obtenidos mediante coacción en la persona de los representantes. Tal coacción se debe invariablemente a los abusos de un Estado poderoso; y si esos tratados son divisibles se corre el peligro de que el Estado poderoso esgrima el principio de la divisibilidad como una palanca para ejercer presión sobre el Estado débil con objeto de salvar una parte del tratado pretendiendo que es en interés de ese Estado débil.

74. El Sr. LACHS está conforme con el Presidente en que mal se podría decir que la coacción ejercida en un representante personalmente puede afectar sólo a una parte del tratado. Sin embargo, como ha indicado el Sr. Castrén, la Comisión habrá de pronunciarse sobre el asunto cuando haya dado con un texto definitivo para el artículo 35.

75. El Sr. TSURUOKA opina que el debate ha llegado a una etapa en que se puede remitir el artículo al Comité de Redacción para que éste lo examine con serenidad.

76. En cuanto al párrafo 2 del nuevo texto, hay que preguntarse sobre todo qué harán los Estados en la práctica. Un Estado que se considere víctima de una coacción del género indicado en el artículo 35 y que desee salvar la parte del tratado no afectada por la coacción podría también invocar el dolo como causa de nulidad. Si, por el contrario, prefiere dar por nulo todo el tratado, podrá, incluso si ha habido dolo, invocar la coacción. Por consiguiente, cualquiera que sea la decisión de la Comisión sobre este asunto, que ha dado lugar a un debate tan animado, el resultado práctico será casi el mismo.

77. El Sr. CASTRÉN estima algo artificial la distinción que se quiere establecer entre la coacción contra un Estado y la coacción contra su representante. Un Estado sólo puede actuar por conducto de sus representantes y, en último análisis, es siempre el Estado el que ha sido lesionado.

78. El Sr. VERDROSS rebate ese razonamiento. Es muy distinto coaccionar a una persona con respecto a sus propios intereses y coaccionarla en lo referente a los intereses del Estado al cual representa.

79. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acepta la propuesta del Relator Especial de que se remita el artículo 46 al Comité de Redacción para que lo examine habida cuenta del debate.

Así queda acordado ².

ARTÍCULO 47 (Pérdida del derecho a alegar la nulidad de un tratado o un motivo para poner término a un tratado o retirarse de él) ³

80. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar su examen del artículo 47.

81. El Sr. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA dice que, en 1963, algunos miembros de la Comisión interpretaron la fórmula propuesta por el Relator Especial para el apartado *b* en el sentido de que sancionaba la doctrina del *estoppel*, propia del derecho anglosajón, a la que se hacía referencia en el párrafo 5 del comentario ⁴. Uno de los miembros, el Sr. Elias, incluso encareció que se emplease el término *estoppel* en el texto del artículo ⁵.

² Véase reanudación del debate en los párrs. 79 a 97 de la 842.^a sesión, y 1 a 13 de la 843.^a sesión.

³ Véase 836.^a sesión a continuación del párr. 20, y párr. 21.

⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, pág. 248.*

⁵ *Ibid.*, vol. I, pág. 196, párr. 56.

82. Otros indicaron sin embargo que no era aconsejable utilizar, ni siquiera en el comentario, el término *estoppel*, que era peculiar del derecho anglosajón. Según señaló el magistrado Alfaro en la opinión disidente emitida en el asunto del Templo de Preah Vihear, «existe una diferencia muy considerable entre la regla sencilla y bien definida que se ha adoptado y se aplica en la esfera internacional y las complicadas clasificaciones, modalidades, géneros, subgéneros y características procesales» de la «doctrina anglosajona del *estoppel*» ⁶.

83. A fin de evitar esa dificultad, la Comisión acordó no mencionar el *estoppel* ni la *préclusion* en el texto de 1963 y empleó deliberadamente la expresión «hubiere procedido de manera que le prive de toda posibilidad de negar».

84. Al proceder así, la Comisión no se propuso rechazar sino conservar el principio esencial del *estoppel* según está reconocido en el derecho internacional. Por esa razón, la Comisión adoptó una fórmula basada en criterios objetivos, fórmula que no suscitó comentario alguno de los gobiernos, aparte de que el Gobierno de Israel indicó que la expresión «le prive de toda posibilidad de negar» le parecía «poco feliz» (A/CN.4/183, página 12). Al parecer, como resultado de esa objeción puramente de forma, el Relator Especial ha propuesto para el apartado *b* un nuevo texto que introduciría una fórmula nueva y diferente para expresar el principio adoptado por la Comisión en 1963. El nuevo texto sustituye la fórmula objetiva de 1963 por otra subjetiva, puesto que dice «debe entenderse que ese Estado, por razón de sus actos o por su demora excesiva en alegar tal causa, ha consentido en considerar que el tratado es válido».

85. Esa fórmula tiene el defecto de mencionar un solo tipo de omisión: la demora excesiva en alegar la causa para invalidar o dar por terminado el tratado. Ahora bien, puede haber otras omisiones, como el hecho de no haber protestado en el momento oportuno, según se sostuvo en el asunto del Laudo Arbitral de S. M. el Rey de España ⁷.

86. Pero el nuevo texto propuesto implica algo todavía más grave: conforme a sus disposiciones, sería preciso demostrar que se considera que el Estado ha consentido en admitir que el tratado es válido o que continúa en vigor. No bastaría con exponer la conducta del Estado; se introduce así un elemento puramente subjetivo.

87. En el asunto del Templo de Preah Vihear, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que Tailandia «ha disfrutado durante 50 años de los beneficios que le reportaba el tratado de 1904, aunque sólo sea el beneficio de una frontera estable. Francia, y a través de ella Camboya, confiaban en la aceptación del mapa por Tailandia». Partiendo de estas dos determinaciones objetivas de los hechos, y sin examinar si había algún elemento de consentimiento por parte de Tailandia, la Corte concluyó que «Tailandia se ha inhabilitado con su conducta para afirmar que no acepta el mapa» ⁸.

⁶ *I.C.J. Reports 1962, pág. 39.*

⁷ *I.C.J. Reports 1960, pág. 213.*

⁸ *I.C.J. Reports 1962, pág. 32.*

88. Análogamente, en el asunto del Laudo Arbitral de S. M. el Rey de España, la Corte se basó en que «Nicaragua no ha suscitado durante años ninguna cuestión con respecto a la validez del laudo» para inferir no que había habido consentimiento sino meramente que «Nicaragua no tiene ya la posibilidad de revocar dicho reconocimiento ni impugnar la validez del laudo»⁹.

89. En los casos citados, el resultado no fue un consentimiento tácito sino que el Estado interesado quedó privado del derecho de impugnar, o como dijo la Comisión en el artículo 47 adoptado en 1963, se privó «de toda posibilidad de negar» la fuerza obligatoria de un tratado.

90. Por esas razones, pide que el Comité de Redacción formule el artículo en términos que reflejen un criterio más objetivo, inspirándose en los fallos de la Corte Internacional de Justicia y en el texto de 1963.

91. El Sr. de LUNA aprueba la decisión del Relator Especial de no emplear el término *estoppel*, y no porque el término sea desconocido en derecho internacional sino más bien por la razón aducida por Lord McNair: «Cabe dudar de que la concepción del *estoppel*, que al parecer se va reconociendo en derecho internacional, será la misma que en el derecho anglosajón, y no hay razón alguna para que la formulación de la norma en el orden internacional sea idéntica a la del derecho interno»¹⁰.

92. Aparte del asunto del Templo, al que ya se ha aludido, puede citarse el de la Groenlandia oriental, en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional dijo lo siguiente: «Al aceptar como obligatorios para ella esos acuerdos bilaterales y multilaterales, Noruega reafirmó que reconocía como danesa la totalidad de Groenlandia y con ello se inhabilitó para impugnar la soberanía de Dinamarca sobre toda Groenlandia y, por consiguiente, para ocupar ese territorio»¹¹. Análogamente, en su decisión sobre el asunto de los Empréstitos Servios, la Corte Permanente subrayó que el concepto del *estoppel* en derecho internacional era distinto del concepto en derecho anglosajón¹².

93. Es fácil comprender por qué, tanto la Corte Permanente como la Corte Internacional de Justicia, han subrayado la naturaleza distinta del concepto en derecho internacional. La doctrina del *estoppel* en el derecho anglosajón es resultado de una larga serie de decisiones judiciales. En el continente, la materia se rige por normas que tienen su origen en las máximas del derecho romano *nemo contra factum suum propium venire potest* y *allegans contraria non audiendus est*. Las reglas derivadas de esas máximas en la legislación de los diversos países europeos no son idénticas a las reglas del *estoppel* en el derecho anglosajón.

94. En cuanto al nuevo texto del Relator Especial, no puede aceptar que se inserte una disposición relativa al consentimiento o acuerdo si la disposición puede interpretarse como referente a un acuerdo bilateral. En derecho internacional, el efecto mínimo característico de un

acto bilateral es crear un *estoppel*: esto es cierto no sólo para los actos sino también para las omisiones. Por ejemplo, en el asunto Oscar Chinn, la Corte Permanente no declaró sin validez la Convención de St. Germain de 1919 destinada a modificar el Acta General de Berlín de 1885, porque las partes en el Acta General que no eran partes en la Convención omitieron hacer constar su protesta¹³. A este propósito, es oportuno también recordar el laudo de Max Huber en el asunto de la Isla de las Palmas, en 1928¹⁴; en dicho laudo, se interpretó como aceptación del Tratado de París entre España y los Estados Unidos de América el hecho de que los Países Bajos no protestasen cuando se le notificó el tratado.

95. Por todo ello pide al Comité de Redacción que en el artículo 47 precise que la disposición es también aplicable al caso de reconocimiento de un tratado, resultante de la omisión de protestar.

Se levanta la sesión a las 18.5 horas.

¹³ P.C.I.J., Serie A/B, N.º 63.

¹⁴ Reports of International Arbitral Awards, vol. 2.

838.ª SESIÓN

Martes 25 de enero de 1966, a las 11.30 horas

Presidente: Sr. Milan BARTOŠ

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Bedjaoui, Sr. Briggs, Sr. Castrén, Sr. Jiménez de Aréchaga, Sr. Lachs, Sr. de Luna, Sr. Pessou, Sr. Reuter, 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 4; A/CN.4/L.107)

[Tema 2 del programa]

(continuación)

ARTÍCULO 47 (Pérdida del derecho a alegar la nulidad de un tratado o un motivo para poner término a un tratado o retirarse de él) (continuación)¹

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a seguir examinando el artículo 47.

2. El Sr. YASSEEN dice que al aprobar en 1963 el artículo 47 la Comisión demostró que reconocía hasta cierto punto la doctrina del *estoppel*. El principio que inspira esta norma es indiscutible y los gobiernos no lo han impugnado en sus observaciones. Sin embargo, como la Comisión ha definido ya su actitud con respecto a determinados casos de nulidad, parece que el alcance del artículo 47 debería ser ligeramente diferente. El nuevo

⁹ I.C.J. Reports 1960, pág. 213.

¹⁰ The Law of Treaties, 1961, pág. 487.

¹¹ P.C.I.J., Serie A, N.º 53, pág. 68.

¹² P.C.I.J., Serie A, N.ºs 20/21, págs. 38 y 39.

¹ Véase 836.ª sesión a continuación del párr. 20, y párr. 21.