

frontera entre los efectos retroactivos y los efectos futuros consiste en emplear términos tales como « acto », « situación » y « derechos adquiridos » u « obligaciones contraídas con anterioridad a dicha terminación ». El texto tal vez pueda mejorarse, pero indudablemente no admite un cambio radical. Es principalmente la palabra « situación » la que impone ciertas modificaciones del texto del proyecto de artículos. Habría que distinguir entre la creación y los efectos de una situación y probablemente también entre situaciones cuyos efectos son inmediatos y situaciones con efectos sucesivos. Es preciso indicar de un modo u otro que el nuevo tratado no impide la creación de una situación, un acto, los efectos de un acto o los efectos de una situación. Por lo tanto, propone una segunda norma de sentido contrario, utilizando la misma terminología o por lo menos haciendo referencia a los mismos conceptos, que podría estar concebida más o menos como sigue: « Sin embargo, el tratado podrá tener tales efectos si así lo exige el objeto o la naturaleza de la norma ». Desde luego, hay casos en que todo el mundo admite que el tratado debe tener más efectos retroactivos que los que prevé el texto actual.

73. La segunda consecuencia, que tal vez sorprenda a la Comisión, es que no hay necesidad de mencionar especialmente el *jus cogens*. Comprende las razones en que se basa la idea de que una norma de *jus cogens* debe tener efectos más retroactivos que cualquiera otra, puesto que es una norma de rango superior, pero ese razonamiento no siempre está justificado, pues, a su juicio, algunas normas de *jus cogens* no sólo se fundan en la justicia sino que también deben basarse en razones de seguridad.

74. Se podrían citar algunos ejemplos. Suponiendo que existiera una norma de *jus cogens* que anulase los cambios territoriales conseguidos por la fuerza o por otros medios incompatibles con la Carta, ¿se aplicaría la norma únicamente a los tratados celebrados después de la aparición de ésta, o se podría aplicar también a tratados anteriores, como los tratados que establecen un protectorado colonial? Se convendrá en que una nulidad de esa naturaleza no puede retrotraerse *ad infinitum*.

75. Otro ejemplo es el de algunos tratados coloniales que se hacen nulos. ¿Entraña *ipso facto* esa nulidad la de un tratado de fronteras concertado por la Potencia protectora en virtud del tratado anulado? Una ojeada a la validez de los tratados por los que se establecen fronteras coloniales basta para comprender que, incluso en esta materia, la Comisión no querrá probablemente establecer una norma cuyas consecuencias sean tan absolutas.

76. Un último ejemplo aclarará el caso contrario en que se debe prescindir en lo posible de la seguridad y dar el máximo alcance a los efectos retroactivos. Es el caso en que la norma (de *jus cogens* o no) guarda relación con problemas de derecho humanitario o social. Por ejemplo, aún no existe una norma de *jus cogens* que imponga la igualdad de hombres y mujeres, pero suponiendo que llegue a establecerse algún día esa regla, los tratados anteriores a ella relativos a cuestiones sociales o a problemas de salarios no cesarían simplemente de tener efectos futuros sino que retrotraerían profundamente sus efectos con objeto de garantizar la aplicación de esas normas

humanitarias. En la actualidad, cuando se concierta un nuevo tratado que atañe a cuestiones humanitarias, a derechos humanos o a derechos sociales, los Estados siempre le reconocen efectos ampliamente retroactivos.

77. Este último ejemplo demuestra claramente que, como ya se ha sugerido, hay que relajar la norma enunciada en el párrafo 1 para admitir la posibilidad de una solución diferente. La jurisprudencia internacional ya ha reconocido esa posibilidad, por ejemplo en cuanto a la interpretación de los efectos de tratados relativos a cuestiones sociales. Al hacer esa observación, el orador no tiene el propósito de poner en tela de juicio el hecho de que las normas de *jus cogens*, al ser la expresión del derecho progresivo, tienen efectos retroactivos más a menudo que las normas jurídicas ordinarias.

78. Confía en haber convencido a la Comisión de que hay muchos casos en que incluso en la esfera del *jus cogens*, son importantes las exigencias de la seguridad. Por ello, cree que la actual formulación del párrafo 3 es totalmente acertada, aunque está seguro de que es necesario también un párrafo 1 en el que se hagan las dos afirmaciones complementarias y contradictorias a que antes se ha referido. Si la Comisión acepta la idea de que la naturaleza o el objeto de la norma son los factores que exigen en ciertos casos la extensión de su aplicación en el pasado, no será preciso incluir una disposición especial para el supuesto del *jus cogens*; puede indicarse en el comentario que indudablemente, en lo que concierne al *jus cogens*, las exigencias de la justicia son muy a menudo más perentorias que en otras esferas, sin que esto excluya por fuerza otras consideraciones de seguridad.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

847.^a SESIÓN

Lunes 9 de mayo de 1966, a las 15 horas

Presidente: Sr. Mustafa Kamil YASSEEN

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Bartoš, Sr. Briggs, Sr. Castrén, Sr. El-Erian, Sr. Jiménez de Aréchaga, Sr. Lachs, Sr. de Luna, Sr. Paredes, Sr. Pessou, Sr. Reuter, Sr. Rosenne, Sr. Ruda, Sr. Tsuruoka, Sr. Tunkin, Sr. Verdross y Sir Humphrey Waldock.

Segundo Seminario de Derecho Internacional

1. El PRESIDENTE, en nombre de la Comisión, da la bienvenida a los participantes en el Segundo Seminario de Derecho Internacional organizado con ocasión del presente período de sesiones. En su vigésimo período de sesiones, la Asamblea General deploró que no asistieran al primer seminario participantes de los países en vías de desarrollo; ahora el Presidente advierte con satisfacción que dichos países están bien representados en el segundo seminario.

Derecho de los tratados

(A/CN.4/186 y adiciones; A/CN.4/L.107 y L.115)

(reanudación del debate de la sesión anterior)

[Tema 1 del programa]

ARTÍCULO 53 (Consecuencias jurídicas de la terminación de un tratado) *(reanudación del debate de la sesión anterior)*¹

2. El PRESIDENTE invita a la Comisión a seguir examinando el artículo 53.

3. El Sr. ROSENNE tiene ciertas dificultades en aceptar el artículo 53; no está seguro de que sus disposiciones se refieran verdaderamente a las consecuencias de la terminación. Una de éstas es que el tratado deja de ser aplicable entre las partes. Las demás cuestiones de que se ocupa el artículo 53 se refieren con mayor propiedad a los efectos de la terminación de un tratado conforme a derecho. Por ello, sugiere que la Comisión examine la posibilidad de sustituir el título actual por el empleado en el correspondiente artículo del segundo informe del Relator Especial: «Efectos jurídicos de la terminación de un tratado»².

4. No cree que todas las causas lícitas de terminación tengan siempre el mismo efecto por lo que respecta a la situación del tratado o a los actos realizados en virtud del tratado y ateniéndose o con el propósito de atenerse al tratado. Por ejemplo, los casos de terminación previstos en el artículo 39, en la parte del artículo 40 que no planteó dificultades en el anterior período de sesiones y en el artículo 41, presuponen un acuerdo expreso o tácito de las partes acerca de la terminación. El acuerdo puede referirse por consiguiente no sólo a la terminación misma sino también a sus efectos. Sugiere pues que en la frase inicial del párrafo 1 propuesto por el Relator Especial se sustituyan las palabras «salvo que el tratado dispusiera otra cosa» por «salvo acuerdo en contrario» y que se explique en el comentario que tal acuerdo podría constar en el tratado mismo o quedar sobrentendido en él, o figurar en algún otro convenio.

5. La terminación resultante de la violación de un tratado, objeto del artículo 42, puede originar responsabilidad del Estado. La terminación con arreglo a los artículos 43 ó 44 puede plantear problemas jurídicos debidos a la situación que aquélla crea; y lo mismo puede decirse de la terminación con arreglo al artículo 45. En ninguno de los tres casos se plantearán siempre cuestiones de responsabilidad estatal. Esos distintos tipos de terminación pueden influir de un modo diverso en la validez o en la continuación de la validez de los actos realizados conforme al tratado, como ha reconocido el propio Relator Especial respecto de la terminación prevista en el artículo 45. Se pregunta por tanto en general si el proyecto del Relator abarca adecuadamente todas esas variantes.

6. Acepta el principio general formulado en el apartado b del párrafo 1, pero estima inadecuado el término «*legality*» del texto inglés. La versión francesa dice «*caractère légitime*» y la versión española «carácter lícito», mientras que en la versión española del artículo 52 se plantea

el término «validez». Tal vez sea «*validity*», el vocablo inglés más apropiado.

7. Respecto al nuevo apartado c del párrafo 1, propuesto por el Relator Especial tiene algunas dudas acerca de las palabras finales «comprendidos los derechos y obligaciones nacidos de una violación del tratado»; el lugar adecuado para esta aclaración es el artículo 42.

8. Otra cuestión es si debe o no incluirse en el proyecto de artículos una reserva general sobre la responsabilidad del Estado. En el párrafo 5 del artículo 63 hay una disposición de ese tipo. El Relator Especial ha mencionado esta cuestión en el párrafo 4 de sus observaciones acerca del artículo 59, en el que propone la inclusión de un nuevo párrafo 2 (A/CN.4/186/Add.2) y en el párrafo 5 de sus observaciones sobre el artículo 55 (A/CN.4/186/Add.1).

9. Respecto al párrafo 2, sugiere que las palabras finales del texto inglés «*takes effect*» se sustituyan por «*becomes operative*» armonizándolo así con la parte I, y en particular con los artículos 15 y 22.

10. Por último, hace ver que la cuestión a que se refiere el párrafo 3 del proyecto del Relator Especial es también objeto del párrafo 2 del artículo 56; quizá convenga estudiar ese asunto cuando la Comisión pase a examinar este artículo y se ocupe de la posible combinación de ambas disposiciones.

11. El Sr. CASTRÉN estima que el nuevo texto propuesto por el Relator Especial es mejor, más condensado y más preciso que el adoptado por la Comisión en 1963³. Acepta que se invierta el orden de los anteriores párrafos 2 y 3 y que en el antiguo párrafo 2 las palabras «no conservará su carácter lícito sino en la medida en que no fuere incompatible», se sustituyan por las palabras «no podrá mantenerse en vigor sino en la medida en que ello no fuese incompatible»:

12. Por el contrario, no está seguro de que convenga añadir el nuevo apartado c al párrafo 1, como propone el Relator Especial para atender la sugerencia del Gobierno del Reino Unido. Aunque esa disposición puede tener cierta utilidad para completar y aclarar las demás disposiciones del párrafo 1, se inclina a compartir la opinión, expresada por el Sr. Jiménez de Aréchaga en la sesión precedente⁴, de que las cuestiones allí mencionadas han quedado resueltas ya, al menos en parte, en los apartados a y b así como en algunas otras disposiciones de carácter general del proyecto. En todo caso, si se mantiene esta disposición habrá que modificarla, pues la redacción actual no es satisfactoria.

13. Coincide con el Sr. Jiménez de Aréchaga en que la salvedad relativa al párrafo 3 en la frase inicial del párrafo 1 puede inducir a confusión; tal vez pudiera evitarse la dificultad haciendo la salvedad en el apartado b del párrafo 1.

14. Finalmente, propone que en los textos francés e inglés del párrafo 2 se supriman respectivamente las palabras «*isolé*» y «*particular*», que no parecen necesarias.

15. El Sr. de LUNA acepta en general los principios en que se basa el nuevo texto del Relator Especial, en el cual

¹ Véase 846.ª sesión a continuación del párrafo 57, y párrafo 58.

² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963*, vol. II, pág. 109, artículo 28.

³ *Ibid.*, pág. 252.

⁴ Párrs. 64 y 65.

se expresa la regla de que la terminación de un tratado surte efecto *ex nunc* y no *ex tunc*. Velando por la estabilidad de los tratados, el derecho internacional no es favorable a la retroactividad en forma alguna. Por consiguiente, con la excepción consignada en el párrafo 3 del nuevo proyecto, los derechos establecidos en virtud de un tratado no quedan menoscabados por la terminación de éste.

16. Aprueba el nuevo apartado *c* del párrafo 1, que responde a la observación del Gobierno del Reino Unido, pero no los términos « acto » y « situación » pues a su entender son excesivamente amplios. Conforme a los conceptos tradicionales aceptados por los juristas del continente europeo, un tratado puede originar derechos, obligaciones, facultades y poderes. En virtud de la regla *pacta sunt servanda*, crea derechos al permitir que una parte exija cierta conducta de otra, conducta que esta última tiene la obligación correspondiente de observar; confiere una facultad jurídica al dar la posibilidad de obtener un resultado prescrito legalmente mediante la ejecución de determinado acto; y confiere poderes al permitir a una de las partes realizar una acción que implica ciertos resultados. Sugiere que se redacten de nuevo los apartados *b* y *c* del párrafo 1 empleando términos que indiquen exactamente a los representantes de los diversos sistemas jurídicos la finalidad del artículo 53.

17. Respecto de la frase inicial del párrafo 1, apoya la sugerencia del Sr. Rosenne de que se modifiquen sus términos a fin de abarcar no sólo las disposiciones del tratado mismo sino también las del acuerdo por el que se termine el tratado.

18. Comparte la opinión de quienes encuentran poco elegante comenzar el párrafo 1 con una referencia a la excepción consignada en el párrafo 3.

19. Estima correcta la idea que encierran las palabras finales del apartado *c* del párrafo 1, pero coincide con el Sr. Rosenne en que el lugar adecuado para ese pasaje es el artículo 42.

20. El Sr. PAREDES está dispuesto a aceptar el nuevo texto del Relator Especial para el artículo 53, a condición de que se aclare el alcance de ese artículo. Puede admitir sus disposiciones si se refieren a la terminación de un tratado como resultado de nuevas circunstancias, pero no si se refieren a tratados nulos e inválidos *ab initio*.

21. Los tratados nulos *ab initio* no pueden tener ninguna consecuencia jurídica. Por ejemplo, si un país se compromete por tratado a pagar determinada suma pero luego se descubre que el acuerdo se basó en un error, el tratado es nulo y carece de efecto alguno, aunque en un principio se hubiese concertado lícitamente. La situación es análoga en caso de coacción. Un ejemplo es el del país ocupado por tropas extranjeras que se compromete a construir para ellas una carretera; al ser declarado nulo e inválido el tratado, desaparecen con él todos sus efectos.

22. En cambio, si un tratado termina a causa de su violación o por haber surgido una nueva norma imperativa de derecho internacional, hay que tener en cuenta la validez de los actos realizados o de las relaciones establecidas durante su vigencia. La equidad, la justicia y el derecho están en favor de mantener dichos actos y relaciones después de la terminación del tratado.

23. Coincide con el Sr. Reuter respecto de la retroactividad en caso de que aparezca una nueva norma de *jus cogens*. Ejemplo de efecto retroactivo limitado sería un acuerdo para prohibir la difusión de las armas nucleares que afectase a un tratado vigente por el cual un país se comprometiera a entregar a otro algunas de esas armas. La nueva regla haría imposible entregarlas, pero subsistiría la obligación de reembolsar las cantidades recibidas en pago.

24. El artículo 53 debería pues expresar claramente que se refiere a la terminación de los tratados como resultado de nuevas circunstancias y no a los tratados nulos *ab initio*.

25. El Sr. BRIGGS dice que el párrafo 1 del nuevo texto del Relator Especial, comienza con las palabras « Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 ». Se ha querido disponer en el párrafo 3 que, incluso cuando el tratado pase a ser nulo a causa de la aparición de una nueva norma de *jus cogens* según el artículo 45, ciertos actos realizados, derechos adquiridos, situaciones creadas y obligaciones contraídas seguirán siendo válidos, mientras que otras situaciones resultarían invalidadas. No puede descubrir ningún criterio viable o práctico en el párrafo 3 para distinguirlos.

26. A su juicio, la dificultad proviene de los términos desacertados que la Comisión emplea en el artículo 45 (A/CN.4/L.115). Según dicho artículo, un tratado que fuere incompatible con una nueva norma de *jus cogens* « será nulo y terminará ». Parece enteramente innecesario incluir las palabras « será nulo y », con las cuales no se hace otra cosa que repetir los términos anteriormente empleados. La situación jurídica es que la nueva norma de *jus cogens* pone término a un tratado válido. Es por tanto inexacto hablar de la invalidez de los actos realizados o de las obligaciones contraídas en virtud de ese tratado válido con anterioridad a su terminación. Si el párrafo 3 fuere necesario, su lugar adecuado sería el artículo 52, relativo a las consecuencias jurídicas de la nulidad de un tratado.

27. Aparte del caso de un tratado que termina con arreglo al artículo 45, el artículo 53 no se refiere a la nulidad sino a la terminación conforme a derecho. Apoya pues la sugerencia del Sr. Rosenne de que en la frase inicial del párrafo 1 se sustituyan las palabras « salvo que el tratado dispusiera otra cosa » por « salvo acuerdo en contrario ».

28. Al igual que en el artículo 52, duda de la conveniencia de emplear en el apartado *b* del párrafo 1 las palabras « no alterará el carácter lícito de un acto realizado », que podrían interpretarse erróneamente como una referencia al derecho interno. Hay que mejorar el texto para precisar que el artículo se refiere tan sólo al derecho internacional. Cree que con ello se respondería en gran parte a las objeciones del Sr. Jiménez de Aréchaga acerca del concepto de los derechos adquiridos.

29. En cuanto al nuevo apartado *c* del párrafo 1 propuesto por el Relator Especial, apoya la propuesta del Sr. Rosenne de suprimir las palabras finales. La cuestión a que éstas se refieren corresponde al artículo 42.

30. Sugiere que el Comité de Redacción modifique así el párrafo 1:

« Salvo acuerdo en contrario, el hecho de que un tratado hubiere llegado lícitamente a su término:

a) eximirá a los Estados partes de toda obligación de continuar aplicando las disposiciones del tratado;

b) no afectará a los derechos u obligaciones resultantes de la aplicación del tratado con anterioridad a dicha terminación. »

31. El Sr. LACHS dice que el nuevo texto del Relator Especial constituye en su conjunto una gran mejora con relación al texto de 1963.

32. Sin embargo, comparte las dudas del Sr. Rosenne acerca de la cláusula del párrafo 1 « salvo que el tratado dispusiera otra cosa ». Convendría quizá sustituirla por otra más amplia, aunque no está seguro de que la propuesta por el Sr. Rosenne sea suficiente.

33. En el apartado *b* del párrafo 1 debiera evitarse la expresión « carácter lícito », observación ésta que ya formuló a propósito del artículo 52.

34. La idea enunciada en el nuevo apartado *c* del párrafo 1 del Relator Especial es correcta y debe mantenerse la parte final. No obstante, las palabras « los derechos adquiridos ni las obligaciones contraídas con anterioridad a dicha terminación » no delimitan bien el problema. En efecto, entran en juego dos tipos de derechos y obligaciones: primero, los derechos establecidos y las obligaciones contraídas en el momento de concertarse el tratado (« impuestos por el tratado », para utilizar las palabras del Juez Marshall); y segundo, los derechos y obligaciones creados durante la vigencia de aquél. Hay que precisar a cuál de los dos tipos de derechos y obligaciones se hace referencia. A su juicio, convendría hacerla a los del último tipo solamente.

35. Respecto del párrafo 3, duda que su lugar adecuado sea el artículo 53, que se ocupa de los casos de terminación por voluntad de las partes. El caso previsto en el párrafo 3 es el de un tratado que pase a ser nulo por haberse establecido una nueva norma de *jus cogens*; no es pues un caso de mera terminación. Tal vez convendría trasladar el párrafo 3 al artículo 52 e incluir una referencia en el artículo 53.

36. El Sr. VERDROSS felicita al Relator Especial por haber mejorado la redacción de este artículo.

37. La observación que hizo en la sesión precedente acerca del artículo 52⁵ es también aplicable a la expresión « carácter lícito » que figura en el apartado *b* del párrafo 1; el Sr. Rosenne ha hecho esta misma observación. El término « validez » sería más apropiado en el artículo 53 y se ajustaría al espíritu de la disposición. Licitud y validez son cosas distintas. Por ejemplo, en derecho interno, cuando un militar contrae matrimonio sin permiso de su superior, el matrimonio es válido aunque puede ser contrario al derecho según ciertas legislaciones. En derecho internacional, un acto realizado con arreglo a un tratado

entre dos Estados es válido pero puede ser contrario a otro tratado concertado entre uno de esos dos Estados y un tercer Estado.

38. En cuanto al apartado C del párrafo 1, comparte la opinión expresada por el Sr. Jiménez de Aréchaga en la sesión precedente y por el Sr. Castrén en la sesión actual.

39. Opina como el Sr. Lachs que lo dispuesto en el párrafo 3 podría incorporarse al artículo 52.

40. El Sr. AGO advierte que el artículo 53 ha sido considerablemente simplificado y mejorado en el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/186), aunque sigue planteando problemas delicados que son más importantes de lo que parece a primera vista, particularmente el texto francés que en varios puntos no se ajusta al inglés.

41. Comparte en general el criterio de que el artículo debe referirse tan sólo al caso del tratado que llega a su término después de una existencia normal y lícita (habiendo producido así sus efectos) y no al caso del tratado nulo *ab initio*.

42. Los términos del apartado *a* del párrafo 1 tal vez son exactos en inglés, pero en francés la expresión « *obligation de continuer à appliquer le traité* » da la impresión errónea de que surgiría una obligación de continuar aplicando el tratado en el momento en que éste dejara de estar en vigor y que es esta obligación de la que se procura liberar a las partes.

43. El apartado *b* del párrafo 1 no suscita el problema de la validez a que ha aludido el Sr. Verdross sino el de la licitud, del cual desea acertadamente ocuparse el Relator Especial. En el ejemplo frecuentemente citado de un tratado concerniente al comercio de esclavos que hubiese terminado de hecho al ser abolida la esclavitud, la cuestión que se plantea es la de si los actos realizados de conformidad con dicho tratado antes de que surgiera la nueva norma de *jus cogens* son no sólo válidos sino lícitos; se trata de evitar que por efecto de la retroactividad pase a ser ilícito y plantee una cuestión de responsabilidad el acto realizado de conformidad con el tratado. Convendría pues que el Comité de Redacción expresara en este párrafo los dos conceptos: el de validez y el de la legalidad o licitud.

44. La expresión « situación resultante de la aplicación del tratado » es sin duda algo imprecisa como ha observado el Sr. de Luna, pero no es seguro que se puedan combinar los dos casos previstos en los apartados *a* y *b* del párrafo 1; personalmente ve una diferencia entre ellos.

45. No cree necesario hablar de « derechos adquiridos » en el apartado *c* del párrafo 1, pero hay que revisar cuidadosamente el texto francés ya que las expresiones « *nouveaux* » y « *nés du traité* » son incorrectas. Los derechos y obligaciones son los nacidos de la aplicación del tratado y no del tratado mismo. La última frase del apartado « comprendidos los derechos y obligaciones nacidos de una violación del tratado » es equívoca y conviene modificarla. En todo caso, no debe mencionarse en ese lugar el problema de la responsabilidad.

46. El párrafo 2 es satisfactorio en inglés, pero hay que revisarlo en francés. Es inadecuada sobre todo la expre-

⁵ Párrafo 7.

sión « *s'applique aux rapports* » porque hace pensar en las relaciones jurídicas, cuando lo que se quiere decir es que el párrafo 1 se aplica a las relaciones entre los Estados.

47. El Sr. EL-ERIAN felicita al Relator Especial por su excelente análisis de las observaciones de los gobiernos al artículo 53 y por la manera en que ha resuelto las cuestiones que a su juicio deben tenerse en cuenta en el texto. Hay que mantener la estructura general del artículo porque distingue acertadamente entre las consecuencias jurídicas de la terminación y las consecuencias jurídicas de los actos realizados de conformidad con el tratado.

48. No está muy seguro del orden en que deben figurar las disposiciones del artículo, pero cree que hay que tratar primero de la terminación y luego de la denuncia o la retirada. Cuando un tratado llega a su término por haber pasado a ser nulo conforme a lo previsto en el artículo 45, ello significa que termina para todas las partes; y el contenido del párrafo 3 debería incluirse en el párrafo 1.

49. No ve la pertinencia de la observación del Gobierno del Reino Unido de que una vez ejecutadas las disposiciones de un tratado podría resultar muy difícil restablecer el *statu quo*, pues en el artículo 53 no hay ninguna disposición semejante a la del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 52.

50. Ciertamente se debe mantener lo dispuesto en el párrafo 3, ya que una nueva norma de *jus cogens* tendría fuerza imperativa y ningún derecho adquirido incompatible con ella podría subsistir. Algunos de los comentarios de los gobiernos se deben al hecho, explicado en el párrafo 1 del comentario de la Comisión en 1963⁶, de que el artículo 53 no se refiere ni a la responsabilidad ni a la reparación resultantes de los actos que causen la terminación de un tratado.

51. El Sr. TUNKIN dice que el Comité de Redacción deberá examinar con detenimiento este artículo. Opina como el Sr. Rosenne que se debería ampliar la salvedad inicial para abarcar cualquier acuerdo, sea cual fuere su forma, pero todavía no está seguro de si conviene sustituir en el apartado *b* del párrafo 1 las palabras « carácter lícito » por el vocablo « validez », o de si se deben utilizar ambos términos.

52. Respecto del apartado *c* del párrafo 1, opina lo mismo que el Sr. Jiménez de Aréchaga, el Sr. Castrén y el Sr. Verdross. Está de acuerdo con el Sr. Lachs en que el texto puede interpretarse de dos maneras y puede referirse a cualquiera de los dos grupos de derechos y obligaciones: los establecidos en el tratado mismo o los derivados de actos realizados conforme al tratado. No debería referirse al primer grupo ya que en ese caso el tratado habría caducado; y el segundo grupo está comprendido en el apartado *b* del párrafo 1. Los llamados « derechos adquiridos » suelen dar lugar a abusos y la Comisión debería precaverse de introducir ese concepto.

53. Comprende la lógica de la opinión del Sr. Briggs sobre el artículo 53, basada en que rechaza los principios de *jus cogens*, pero no comparte su parecer. Una vez

incluido en el proyecto el artículo 45, las consecuencias de esa norma son ineludibles. La anulación en virtud del artículo 45 es una terminación de un tipo especial debida a que el tratado ha pasado a ser incompatible con un principio fundamental de derecho internacional, y sus consecuencias serán por fuerza diferentes de las de otras formas de terminación.

54. Quizá convenga mejorar el párrafo 3 en cuanto a la forma, pero en cuanto al fondo es exacto. En virtud de esa disposición, para citar el ejemplo utilizado por el Sr. Briggs, una transacción concertada en aplicación de un antiguo tratado sobre esclavitud no resultaría ilícita, pero la situación originada por ella no podría mantenerse por ser incompatible con una nueva norma de *jus cogens*.

55. No está seguro del lugar en que deba figurar el párrafo 3; quizá haya que trasladarlo al artículo 52.

56. El PRESIDENTE declara, como miembro de la Comisión, que no tiene nada que objetar a los principios enunciados en el artículo 53 y que, en general, considera como una mejora la nueva versión propuesta por el Relator Especial.

57. En el apartado *b* del párrafo 1 la cuestión estriba en si una situación o un acto están de conformidad con las normas objetivas del tratado; no se trata de la validez sino del carácter lícito o de la legitimidad. La cuestión de la validez es objeto de otros artículos del proyecto.

58. Respecto del párrafo 3, opina como el Sr. Tunkin que el principio enunciado es justo, pero quizá impropio en este artículo. Desde el punto de vista del estilo, prefiere la anterior redacción: « no conservará su carácter lícito sino en la medida ». El nuevo texto en el que se dice que la situación « no podrá mantenerse en vigor sino en la medida en que ello no fuera incompatible con » la nueva norma, hace sobre todo hincapié en el resultado; convendría aclarar que si tal situación puede mantenerse en vigor es por ser « lícita ». La cuestión está en saber si la terminación del tratado debida a una nueva norma de derecho internacional general influye o no en el carácter lícito de la situación que persiste después de que el tratado ha terminado. Cree que el Comité de Redacción podrá expresar de manera aceptable el principio enunciado en el párrafo 3 y encontrarle lugar adecuado en el proyecto.

59. Con estas reservas, acepta la nueva versión del artículo 53.

60. El Sr. VERDROSS sigue sosteniendo que, en el contexto del apartado *b* del párrafo 1, un acto realizado de conformidad con un tratado celebrado entre A y B y que termina puede, no obstante, constituir una violación de otro tratado celebrado entre A y C y, por consiguiente, puede no ser « lícito ».

61. El PRESIDENTE explica, como miembro de la Comisión, que al hablar del carácter lícito en relación con el apartado *b* del párrafo 1 se refería al carácter lícito respecto al tratado que ha llegado a término.

62. El Sr. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA dice que no se ha prestado la atención suficiente a las importantes observaciones formuladas por el Sr. Reuter en la sesión

⁶ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, pág. 253.

anterior⁷ acerca de la aplicación del artículo 53 a las normas de *jus cogens* cuando el factor tiempo es esencial. La doctrina del *jus cogens* no es nueva puesto que representa la aplicación en derecho internacional de conceptos ya admitidos de derecho contractual y de principios generales del derecho concernientes a la invalidez de los acuerdos con un objeto ilícito, cuya ejecución exige actos *contra bonos mores*. Ahora bien, aunque la noción de *jus cogens* no es nueva, su contenido sustantivo cambia continuamente conforme al desarrollo del derecho internacional. Mientras otras causas de invalidez, como el dolo, la coacción y el error, previstas por la Comisión en su proyecto permanecerán invariables, la cuestión de saber si un acuerdo viola una norma de *jus cogens* podría tener en 1940 respuesta distinta que en 1966. Por consiguiente, la Comisión tiene que tener en cuenta el factor tiempo. A tal fin, el artículo 37 se refiere al caso de que exista una norma establecida de *jus cogens* y el tratado sea posterior a ella, mientras que el artículo 45 se refiere al caso opuesto de la aplicación de un tratado antes de que surja una nueva norma de *jus cogens*. Precisamente para tener en cuenta el factor tiempo, la Comisión previó la invalidez *ab initio* en el artículo 37 y la terminación al pasar a ser nulo el tratado en el artículo 45.

63. Habría que estudiar la influencia de esa distinción, así como de los artículos 52 y 53 en el importante ejemplo dado por el Sr. Reuter de la norma de *jus cogens* que proscribía el uso de la fuerza y los actos de agresión. Como la Comisión ha indicado en uno de sus informes, dicha regla de *jus cogens* surgió en 1945⁸ y, en consecuencia, son inválidos *ab initio* los tratados concertados después de esa fecha con objeto de instigar la agresión contra otro Estado e ilícitos todos los actos realizados de conformidad con dichos tratados, según lo establecido en el apartado b del párrafo 2 del artículo 52.

64. En cambio, si el tratado se concertó antes de 1945, está comprendido en las disposiciones del artículo 53 y las partes quedan exentas de todas las obligaciones que aún hubieran de cumplir en virtud del tratado. No cabe dudar de la licitud de los actos realizados durante la vigencia del tratado ni de la situación resultante de su aplicación, particularmente por lo que se refiere a los acuerdos sobre cuestiones territoriales. En otras palabras, aun cuando el tratado puede caducar, los acuerdos ejecutados seguirán vigentes, como se indica claramente en el siguiente pasaje de las observaciones del Relator Especial sobre el artículo 53 : « Sin embargo, sería inadmisibles considerar que la superveniencia de una nueva norma de *jus cogens* anula, con carácter retroactivo, actos realizados en momentos anteriores, cuando no eran contrarios al derecho internacional » (A/CN.4/186).

65. El párrafo 2 del artículo 53 del texto de 1963, y el párrafo 3 del nuevo texto contienen una disposición encaminada a precisar que si bien queda protegida la licitud de los actos realizados antes de que surgiera una nueva norma de *jus cogens*, puede no ser necesario seguir manteniendo la vigencia de una situación resultante de la

aplicación de un tratado que sea incompatible con dicha norma. Pero esta disposición nunca podrá aplicarse a los acuerdos territoriales resultantes de un tratado concertado antes de que surgiera la nueva norma porque, según la Comisión ha determinado ya respecto del artículo 44 sobre el « cambio en las circunstancias », las situaciones territoriales resultantes de tratados ya ejecutados no exigen la ulterior aplicación del instrumento.

66. Pueden proporcionar un ejemplo hipotético del tipo de situación previsto en el párrafo 3 del artículo 53 los convenios internacionales sobre estupefacientes de origen natural, de los que puede decirse que enuncian normas de *jus cogens*. En el supuesto de que dos Estados concertaran un tratado por el cual uno de ellos se comprometiera a construir una fábrica con objeto de suministrar estupefacientes sintéticos al otro, si luego se ampliaran dichos convenios a fin de abarcar esos estupefacientes, habría surgido una norma de *jus cogens* más amplia que pondría término al tratado. Serían lícitas las entregas y los pagos ya efectuados de conformidad con el tratado, pero ya no subsistiría obligación alguna de entregar o recibir los productos y, con arreglo al párrafo 3 del artículo 53, ninguna de las partes tendría derecho a pedir el mantenimiento de la situación resultante de la aplicación del tratado; así, ningún Estado podría pedir una indemnización por el término de las exportaciones o por los gastos realizados en la construcción de la fábrica.

67. Las observaciones del Sr. Reuter han mostrado la necesidad de redactar con el máximo cuidado las importantes disposiciones del párrafo 3 del artículo 53, a fin de evitar toda interpretación errónea. La frase « que siga en vigor la situación », empleada por el Relator Especial en su informe pero no en el nuevo texto del artículo, quizá sea preferible a la fórmula « la situación... no podrá mantenerse en vigor », porque indicaría que se precisa un nuevo acto de imposición para la incompatibilidad con una norma de *jus cogens*.

68. El Sr. BARTOŠ se opone categóricamente a que en el apartado b del párrafo 1 se emplee la expresión « carácter lícito » y estima pertinente la observación del Gobierno de Israel al respecto; el hecho de que un tratado termine no altera las consecuencias jurídicas del acto ya realizado conforme a sus disposiciones. El acto es lícito o ilícito, permisible o prohibido, válido o inválido según otras consideraciones, pero el artículo 53 no es el lugar adecuado para definir su carácter.

69. El Sr. AGO desea completar sus observaciones acerca del artículo 53 refiriéndose al párrafo 3. Este párrafo es sin duda importante pero no hay que darle más importancia de la que en realidad tiene. Su finalidad es salvaguardar una serie de situaciones que podrían ser impugnadas por haber sido creadas conforme a principios que ya no se admiten. Es preciso recordar que esas situaciones difieren entre sí y que la necesidad de esa salvaguardia no se presenta para todas.

70. El Sr. Tunkin citó un ejemplo interesante de lo que constituye la base en que se funda el artículo 53. Se acepta hoy como norma de *jus cogens* que la guerra de agresión está proscribida y que el agresor no puede por tanto imponer válidamente un tratado que lleve consigo

⁷ Párrafo 68 y ss.

⁸ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963*, vol. II, pág. 232, comentario al artículo 37, párr. 3.

un traspaso de territorio en su provecho. En la actualidad, dice el Sr. Tunkin, tal tratado no sería válido; pero ¿significa esto que deban discutirse de nuevo todas las fronteras, muchas de las cuales se fijaron en esas condiciones? En tales casos la parte del tratado referente al traspaso de territorio dejó de existir desde el momento en que se efectuó el traspaso. Por consiguiente, había dejado de existir cuando surgió la nueva norma de *jus cogens* y la Comisión no tiene que preocuparse de salvaguardar la soberanía sobre el territorio transferido, que nadie pone en tela de juicio.

71. Por otra parte, existen situaciones o actos en los que puede repercutir el hecho de que el tratado siga existiendo, Supóngase por ejemplo que se hubiese concertado un tratado de protectorado internacional y que luego se implantara una norma de *jus cogens* que prohibiera esos protectorados, haciendo nulo todo tratado que los estableciera. Desde entonces dejaría de existir la situación de protectorado, es decir que cesaría la relación entre el Estado protector y el protegido porque el tratado estaba en vigor cuando se estableció la norma de *jus cogens*. Tampoco aquí tendría razón de ser la salvaguardia prevista en el párrafo 3.

72. Desde luego, no todos los casos son tan sencillos y puede haber algunos en que sea necesaria la norma enunciada en el párrafo 3, pero es de esperar que el Comité de Redacción estudie cuidadosamente ese texto para determinar si es necesario y para evitar conclusiones erróneas.

73. A diferencia del Sr. Bartoš, estima que se trata del carácter « legítimo », o mejor « lícito », del acto y no de sus consecuencias jurídicas. Lo que importa es establecer que un acto realizado en un momento dado en ejecución de un tratado no puede convertirse en ilícito *a posteriori* y que no puede pretenderse que un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por haber realizado un acto conforme al tratado, aun cuando éste hubiera dejado de ser válido.

74. El Sr. AMADO se congratula de que sus colegas hayan desbrozado un terreno que le pareció difícil desde el principio. Lo único que queda por aclarar es el sentido de la expresión « carácter lícito ». Tras esta expresión vaga y abstracta, que desagrada profundamente al orador pues repugna a su sentido de lo concreto, se oculta la idea del « buen fundamento » según la cual el hecho de que el tratado termine no influye en « la eficacia jurídica » del acto realizado conforme al tratado.

75. El Sr. ROSENNE dice que el debate ha servido únicamente para aumentar sus dudas sobre el alcance y la finalidad del artículo. La afirmación de un miembro de la Comisión de que el artículo 53 trata de los casos de terminación por voluntad de las partes parece estar en desacuerdo con el párrafo 2 del artículo 30, tal como fue aprobado en el anterior período de sesiones (A/CN.4/L.115), y plantea el problema de lo que ha de entenderse por « terminación lícita ». En el debate sobre ese artículo, el Sr. de Luna y el propio orador manifestaron serias dudas sobre su alcance, ya que los artículos sobre terminación de los tratados no abarcan todas las causas lícitas de terminación de éstos ⁹.

⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, vol. I, parte I, 823.^a sesión, párr. 19, y 841.^a sesión, párrs. 25 y 31.

76. En el 15.º período de sesiones, el Sr. Verdross propuso¹⁰ que al principio de la parte II, en la sección III, se incluyese un artículo preliminar sobre los casos generales de terminación de un tratado, incluso la terminación tras la completa ejecución del tratado o por haber caído éste en desuso. En los artículos sobre interpretación y modificación no se menciona explícitamente el primero de estos a pesar de ser uno de los principales motivos de terminación. Por ello parece necesario revisar el artículo 30.

77. El artículo 53 puede parecer sencillo, pero las apariencias engañan y el Comité de Redacción tendrá probablemente que examinar todos los artículos sobre terminación para determinar las consecuencias de cada tipo de terminación y averiguar cuáles no se mencionan en el proyecto.

78. El Sr. EL-ERIAN dice que si se traslada el párrafo 3 al artículo 52, algunos de los comentarios que él hizo sobre la estructura del artículo 53 dejarán de ser aplicables.

79. Se ha planteado la importante cuestión de si existe una norma de *jus cogens* que prohíba el establecimiento de protectorados. La actitud de la Comisión sobre el *jus cogens* en general ha motivado una viva controversia entre los juristas y, en un artículo publicado recientemente¹¹, se han examinado tres categorías de *jus cogens* y se ha sostenido que forman parte del derecho positivo internacional. A juicio del orador, todos los protectorados constituyen una derogación del principio de la igualdad soberana de los Estados y una violación de lo dispuesto en el artículo 3 del proyecto de la Comisión a propósito de que todo Estado posee capacidad para celebrar tratados, así como de la disposición del artículo 35 de que un tratado obtenido mediante coacción personal sobre los representantes de los Estados carece de todo efecto jurídico. Ser responsable de las relaciones exteriores de un territorio dependiente es contrario a la Carta, y todos los protectorados coloniales son resultantes de la coacción.

80. El Sr. BARTOŠ interpreta la opinión del Sr. Ago en el sentido de que si el tratado es válido, los actos y las situaciones de conformidad con él son lícitos. Cree que este juicio representa una presunción. Nada en el texto de un tratado garantiza que éste sea lícito y, al faltar garantías, no se puede decir que todo lo que se deriva del tratado es lícito. Lo que se puede decir es que el hecho de que un tratado llegue a término no influye sobre el carácter jurídico, lícito o no, de tales actos o situaciones. Un acto basado en un tratado puede ser lícito aunque el tratado tenga un vicio. Sostener que todos los actos que se derivan de un tratado y son conformes a él son lícitos es abordar la cuestión de la licitud, y éste no es el lugar apropiado para ello. Si se entiende que el tratado es absolutamente conforme a la ley, el orador está de acuerdo con el Sr. Ago; pero si eso es dudoso, se niega a admitir que todos los actos y situaciones conformes con un tratado cuya licitud no se ha investigado sean válidos por confirmación.

81. El Sr. AGO estima que el único problema que se plantea es: que un acto realizado cuando el tratado estaba

¹⁰ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. I, pág. 100.

¹¹ A. Verdross, «Jus dispositivum and jus cogens in international law», *American Journal of International Law*, enero de 1966, pág. 55.

en vigor y que no era en modo alguno ilícito según los términos del tratado ni según las normas de derecho internacional entonces vigentes, no puede convertirse en ilícito *a posteriori* simplemente por la aparición de una nueva norma de derecho internacional.

82. El PRESIDENTE, interviniendo como miembro de la Comisión, dice que es partidario de que se mantengan las palabras « carácter lícito ». El artículo 53 se ocupa de las consecuencias de un caso especial de terminación de un tratado. El acto es tenido por lícito conforme al tratado que termina, y su carácter lícito es indudable. La cuestión que hay que resolver es la de saber qué efectos tiene sobre el carácter lícito del acto la terminación del tratado.

83. Se opuso a que en el artículo 52 se utilizase la expresión « carácter lícito » porque allí la referencia es al acto realizado de conformidad con un tratado que ha resultado nulo. No se puede entonces hablar de « carácter lícito » del acto, porque el tratado es nulo. El caso previsto en el artículo 53 es totalmente diferente.

84. El Sr. de LUNA dice que el artículo 53, tanto en su forma anterior como en la actual, se ocupa de las consecuencias jurídicas de la terminación de un tratado. ¿Cuál es la norma general que la Comisión quiere enunciar? La de la irretroactividad. La terminación del tratado no influye en lo que ha ocurrido antes; tiene efectos *ex nunc*, no *ex tunc*.

85. Dicho esto, no entiende por qué la Comisión ha de complicar su declaración de irretroactividad ni le resulta clara la relación entre los apartados *b* y *c* del párrafo 1. Si los expertos de la Comisión interpretan de tan diferente manera el apartado *b* del párrafo 1, ¿lograrán siquiera entenderlo otras personas?

86. A su juicio, basta el apartado *c* del párrafo 1 para declarar que los derechos adquiridos (independientemente de que se mantenga o no este término que no siempre se ha considerado con agrado) y las obligaciones derivadas no del tratado sino de su aplicación, como acertadamente ha señalado el Sr. Ago, deben ser respetados y no ha de influir en ellos el hecho de que termine el tratado. Se entiende también que es imposible volver sobre lo que ya ha sido ejecutado de conformidad con el tratado, pues ello no forma parte de lo que subsistía en el momento de extinguirse éste.

87. Si el apartado *b* del párrafo 1 añade efectivamente un matiz, que algunos miembros juzgan indispensable, el Comité de Redacción debería estudiar la posibilidad de combinarlo con el apartado *c* del mismo párrafo.

88. El Sr. REUTER dice que el debate le ha confirmado en su opinión de que será difícil conseguir un texto plenamente satisfactorio. A su juicio, la Comisión debería contentarse con un texto modesto; toda materia compleja ofrece aspectos contradictorios, y la Comisión debe resolverse a redactar un texto ligeramente contradictorio.

89. Sin duda se han formulado muchas observaciones acertadas e interesantes. Es cierto que en todos los manuales de derecho internacional y de derecho interno que tratan del derecho intertemporal se hace una distinción entre las situaciones de ejecución inmediata y las situaciones de ejecución gradual; pero ¿puede hacerse un examen

fructífero de esa distinción en una conferencia de plenipotenciarios? Sea lo que fuere, hay que poner gran atención en la terminología que se utilice, para que el texto del artículo esté en armonía con el de otros artículos, tal como el artículo 56.

Se levanta la sesión a las 17.55 horas.

848.^a SESIÓN

Martes 10 de mayo de 1966, a las 15 horas

Presidente: Sr. Mustafa Kamil YASSEEN

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Bartoš, Sr. Castrén, Sr. El-Erian, Sr. Jiménez de Aréchaga, Sr. Lachs, Sr. de Luna, Sr. Paredes, Sr. Pessou, Sr. Reuter, Sr. Rosenne, Sr. Ruda, Sr. Tsuruoka, Sr. Tunkin, Sr. Verdross y Sir Humphrey Waldock.

Derecho de los tratados

(A/CN.4/186 y adiciones; A/CN.4/L.107 y L.115)

(continuación)

[Tema 1 del programa]

ARTÍCULO 53 (Consecuencias jurídicas de la terminación de un tratado) (continuación)¹

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a seguir examinando el artículo 53.

2. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, al recapitular el debate, dice que el Comité de Redacción ha de efectuar un trabajo considerable sobre los artículos 52 y 53, más difíciles de formular de lo que parece a primera vista. Sin embargo, quizá se han exagerado algunos de los problemas, que podrían resolverse con un texto mejor formulado.

3. Está de acuerdo con el Sr. Rosenne en que la salvedad « sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 », que figura al comienzo del artículo, está en lugar inadecuado porque se refiere únicamente al apartado *b* del párrafo 1 y, aunque algunos miembros han sugerido que se traslade a otro lugar, podría suprimirse sin reparos; en efecto, no es estrictamente necesaria una cláusula de carácter general, en vista de la forma en que está redactado el resto del artículo.

4. Para resolver otro problema planteado por el Sr. Rosenne, podría insertarse en la frase inicial alguna expresión como « o las partes acordaran otra cosa ». Esta adición correspondería a algunas disposiciones de la parte I.

5. Por lo que respecta al contenido del párrafo 1, su apartado *a* parece haberse salvado de críticas, pues las observaciones se han concentrado en su mayor parte en

¹ Véase 846.^a sesión a continuación del párrafo 57, y párrafo 58.