

CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/257 Y ADD.1

Tercer informe sobre la cláusula de la nación más favorecida, por el Sr. Endre Ustor, Relator Especial

Proyecto de artículos 1 a 5 y comentarios

[*Texto original en inglés*]
[31 de marzo y 8 de mayo 1972]

INDICE

	<i>Página</i>
<i>Abreviaturas</i>	173
Artículo 1. Términos empleados	173
Comentario	173
Artículo 2. Cláusula de la nación más favorecida	174
Artículo 3. Trato de la nación más favorecida	174
Comentario a los artículos 2 y 3	174
Artículo 4. Fundamento legal del trato de la nación más favorecida	181
Comentario	181
Artículo 5. Fuente del derecho del Estado beneficiario	181
Comentario	181

ABREVIATURAS

C.I.J.	Corte Internacional de Justicia
<i>C.I.J. Mémoires</i>	<i>C.I.J., Mémoires, plaidoiries et documents</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>C.I.J., Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>

Artículo 1.—Términos empleados

Para los efectos de los presentes artículos :

a) se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular ;

b) se entiende por «Estado contratante» un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado ;

c) se entiende por «parte» un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor ;

d) se entiende por «Estado concedente» un Estado contratante que ha consentido en conceder el trato de la nación más favorecida;

e) se entiende por «Estado beneficiario» un Estado contratante que ha consentido en aceptar el trato de la nación más favorecida ;

f) se entiende por «tercer Estado» un Estado que no es parte en el tratado considerado.

COMENTARIO

1) Como la cláusula de la nación más favorecida es una disposición de un tratado y como en la mayoría —si no en la totalidad— de los casos¹ hay también un tratado colateral (celebrado entre el «Estado concedente» y un «tercer Estado»), es necesario definir en qué sentido se emplea el término «tratado» en este proyecto. El apartado *a* del artículo 1 reproduce la definición contenida en el apartado *a* del párrafo 1 del

¹ Véase el párrafo 2 del artículo 3 *infra*.

artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados². Ello tiene la ventaja evidente de evitar que la Comisión emplee este término en un estudio con un significado distinto del que le atribuyó en sus trabajos anteriores y en la convención aprobada sobre la base de esos trabajos. En consecuencia, el proyecto de artículos no se aplica a los casos en que un Estado promete verbalmente a otro el trato de la nación más favorecida, lo que no suele ocurrir casi nunca. Esta limitación está tal vez implícita en la expresión «cláusula» que sugiere probablemente que se trata de una parte de un acuerdo escrito. Si hay un tratado colateral³, éste también se celebra por escrito prácticamente en todos los casos, y las rarísimas excepciones se pueden resolver mediante un texto adecuado.

La redacción propuesta excluye también los casos que los Estados se comprometen mediante, «acuerdos de sede» a conceder a las organizaciones internacionales y a su personal un trato análogo al que otorgan a otras organizaciones o a las misiones diplomáticas⁴. Sin embargo, estos casos son bastante excepcionales y además no entrañan una cláusula de la nación más favorecida en el sentido estricto de la palabra. Por ello, el Relator Especial sugiere que, al menos por el momento, se retenga la definición de la palabra «tratado» que se propone en el apartado a.

2) Las expresiones «Estado contratante» y «parte» y sus definiciones se tomaron también de la Convención sobre el derecho de los tratados por las mismas razones expuestas más arriba. Posteriormente, podría determinarse si procede adoptar también ambas expresiones y la sutil distinción trazada entre sus significados, para los efectos del proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida.

3) La expresión «tercer Estado» también se define siguiendo el apartado b del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de 1969, con la adición de la palabra «considerado». Esta palabra se ha agregado porque en el contexto del tema examinado, el tercer Estado, aunque no sea parte en el tratado considerado (es decir el que contiene la cláusula), es en la mayoría de los casos parte en otro tratado celebrado con el Estado concedente (el tratado colateral).

4) Las expresiones «Estado concedente» y «Estado beneficiario» y sus significados no parecen requerir explicación. Si bien se pensó inicialmente en hacer constar en el comentario el hecho evidente de que cuando (como suele ocurrir) los Estados se otorgan recíprocamente el trato de la nación más favorecida, cada Estado contratante se convierte en Estado concedente y Estado beneficiario *uno actu*, finalmente se decidió hacerlo en el texto de un artículo (art.2, párr.2).

² Para el texto de la Convención, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 313.

³ Véase el párrafo 2 del artículo 3 *infra*.

⁴ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, vol. II, pág. 229, documento A/CN.4/228 y Add.1, párrs. 90 a 92.

5) El significado de otras expresiones se añadirá a la lista contenida en el artículo 1 si, en el curso de los trabajos futuros, se pone de manifiesto la necesidad de hacerlo.

Artículo 2.—Cláusula de la nación más favorecida

1. Por «cláusula de la nación más favorecida» se entiende una disposición de un tratado en virtud de la cual uno o más Estados concedentes se obligan a otorgar el trato de la nación más favorecida a uno o más Estados beneficiarios.

2. Cuando, como es usual, los Estados contratantes se comprometen a otorgarse mutuamente el trato de la nación más favorecida, cada uno de ellos se convierte de ese modo en Estado concedente y Estado beneficiario simultáneamente.

Artículo 3.—Trato de la nación más favorecida

1. Por trato de la nación más favorecida se entiende un trato otorgado en condiciones no menos favorables que las del trato otorgado por el Estado concedente a cualquier tercer Estado en una esfera definida de las relaciones internacionales con respecto a determinadas personas o cosas.

2. Salvo que se convenga otra cosa, el párrafo 1 se aplicará independientemente del hecho de que el trato otorgado por el Estado concedente a cualquier tercer Estado se base en un tratado, en otro acuerdo, en un acto legislativo autónomo o en la práctica.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 2 Y 3

1) En los artículos 2 y 3 se trata de definir los conceptos de cláusula de la nación más favorecida y de trato de la nación más favorecida respectivamente. Aunque estos artículos son, por su naturaleza, análogos al artículo 1, relativo a los términos empleados, se consideró conveniente tratar esos conceptos, en torno a los cuales giran todos los demás artículos, en artículos separados del artículo 1.

2) En la doctrina abundan las definiciones de la cláusula de la nación más favorecida. Los ejemplos citados a continuación se clasifican en dos categorías: a) definiciones referidas a las cláusulas que aparecen en tratados comerciales y b) definiciones de carácter no limitadas al comercio⁵.

⁵ Para otras definiciones, véase Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 6.ª ed., París, Guillaumin, 1887-1888, vol. III, pág. 365; N. Ito, *La clause de la nation la plus favorisée*, París, Les Editions internationales, 1930; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, traducción al francés de la 3.ª edición italiana de G. Gidel, París, Sirey, 1929, pág. 432; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, 2.ª ed., Ginebra, Georg, 1967, t. I, pág. 205, L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8.ª ed. [Lauterpacht], Londres, Longmans, Green and Co., 1955, vol. I, pág. 971; D. M. Genkin, «Printsip naibolshego blagopriyatstvovaniya v torgovykh dogovorakh gosudarstv» [El principio de la nación más favorecida en los tratados comerciales entre Estados], *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* [El Estado soviético y el derecho], Moscú, N.º 9 septiembre de 1958 pág. 22; A. S. Korolenko, *Torgovyie dogovory i soglasheniya SSSR s inostrannymi gosudarstvami*,

a) *Definiciones referidas a las cláusulas que aparecen en tratados comerciales*

- i) Una cláusula de la nación más favorecida es una disposición, generalmente incluida en un acuerdo comercial entre dos Estados, en virtud de la cual las partes contratantes se obligan a otorgarse mutuamente todos los favores o concesiones que hayan hecho en el pasado o que puedan hacer en el futuro a los artículos, agentes o instrumentos de comercio de cualquier otro Estado, de modo que las condiciones de sus relaciones comerciales no sean nunca menos favorables que aquellas de que disfrute el Estado cuyas relaciones comerciales con cada una de las partes contratantes se desarrollen en las condiciones más favorables. Lo fundamental es la igualdad basada en el trato que se otorgue a cualquier otro tercer Estado [...] ⁶.
- ii) Definida brevemente, la cláusula de la nación más favorecida es simplemente una promesa de no discriminación contra el comercio de la otra parte en el tratado o una promesa de favorecer a la otra parte tanto como a cualquier tercer país. Sin embargo, la formulación tradicional ha sido una promesa de conceder a la otra parte un trato no menos favorable que el otorgado al «más favorecido» de los demás países [...] ⁷.
- iii) La «expresión cláusula de la nación más favorecida» —en su sentido general— designa «una disposición de un tratado en virtud de la cual dos partes contratantes A y B convienen en que si, posteriormente, una de ellas celebra con un tercer Estado C un tratado de comercio por el que se otorguen a C ventajas comerciales especiales, dichas ventajas se otorgarán *ipso facto* a la parte contratante inicial» ⁸.

b) *Definiciones de carácter general no limitadas al comercio*

- i) La cláusula de la nación más favorecida es una disposición, generalmente contenida en un acuerdo entre Estados, en virtud de la cual las partes contratantes se otorgan mutuamente todas las ventajas que hayan otorgado u otorguen posteriormente a una tercera Potencia, y que sean superiores a aquellas

de que ya disfrutaren, sin que sea necesario que conciertan un nuevo acuerdo a tal efecto ⁹.

- ii) La cláusula de la nación más favorecida puede definirse como una disposición en virtud de la cual dos gobiernos organizan su *participación recíproca* (en principio) en todo régimen jurídico más ventajoso que hayan elaborado o elaboren posteriormente mediante acuerdo con otros gobiernos ¹⁰.
- iii) La cláusula de la nación más favorecida es una disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado se compromete a garantizar a otro Estado (el Estado favorecido) los privilegios y derechos que, mientras esté en vigor, puede otorgar mediante un tratado a cualquier tercer Estado. En consecuencia, para que la cláusula se aplique, es necesario que se otorgue algún privilegio a un tercer Estado ¹¹.
- iv) La cláusula de la nación más favorecida [...] es la obligación prevista en tratados bilaterales o multilaterales sujetos al derecho internacional de otorgar a la otra parte contratante el trato de la nación más favorecida. Un Estado otorga a otro el trato de la nación más favorecida cuando, en sus medidas legislativas o administrativas, concede a ese otro Estado o a sus nacionales, buques, bienes o productos un trato igual al trato más favorable que otorgue a cualquier tercer Estado al mismo respecto y bajo las mismas condiciones ¹².
- v) Por «principio de la nación más favorecida» se entiende la estipulación contenida en los tratados internacionales según la cual cada parte contratante se obliga a otorgar a la otra, en cierta esfera de sus relaciones mutuas definida en el tratado, los mismos derechos, ventajas, privilegios y favores que esté concediendo o conceda en el futuro a cualquier tercer Estado ¹³.
- vi) La cláusula de la nación más favorecida es la estipulación de un tratado por la cual un Estado otorga a otro Estado las ventajas que ya ha otorgado o pueda otorgar a cualquier otro Estado ¹⁴.
- 3) Las definiciones propuestas en los artículos 2 y 3 no pretenden contener todos los elementos que carac-

Moscú, Vnechtorgizdat, 1953; P. Level, «Clause de la nation la plus favorisée», en *Encyclopédie Dalloz — Droit international*, París, Dalloz, 1968, t. I, pág. 332; M. A. Vieira, «La cláusula de la nación más favorecida y el Tratado de Montevideo», en *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, vol. 4 (1965-1966), pág. 189.

⁶ R. C. Snyder, *The Most-Favored-Nation Clause: An Analysis with Particular Reference to Recent Treaty Practice and Tariffs*, Nueva York, King's Crown Press, Columbia University, 1948, pág. 10.

⁷ C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2.ª ed. rev., Boston, Little, Brown and Co., 1947, vol. II, pág. 1503, donde se cita una declaración hecha por la United States Tariff Commission en 1933.

⁸ T. Flory, *Le GATT, droit international et commerce mondial*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, pág. 14, quien cita a C.-A. Colliard, *Institutions internationales*, 4.ª ed., París, Dalloz, 1967, pág. 248.

⁹ S. Basdevant, «Clause de la nation la plus favorisée», en A.-G. de Lapradelle et J.-P. Niboyet, *Répertoire de droit international*, París, Recueil Sirey, 1929, t. III, pág. 464.

¹⁰ G. Scelle, *Précis de droit des gens (Principes et systématiques)*, París, Recueil Sirey, 1934, t. II, pág. 384.

¹¹ M. Bartos, «La clause de la nation la plus favorisée en droit international», *Revue de la politique internationale*, Belgrado, vol. 13, N.º 303, 1962, pág. 11.

¹² K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2.ª ed. [Schlochauer], Berlín, de Gruyter, 1961, vol. II, pág. 497.

¹³ E. Usenko, «Formy regulirovania sotsialisticheskogo mejndunarodnogo razdelenia truda» [Formas de reglamentación de la división internacional socialista del trabajo], *Mejndunarodnye otnoshenia* [Relaciones internacionales], Moscú, 1965, pág. 226, traducción al alemán: *Sozialistische internationale Arbeitsteilung und ihre rechtliche Regelung*, Berlín, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, pág. 191.

¹⁴ D. Vignes, «La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-II*, Leiden, Sijthoff, 1971, t. 130, pág. 213.

terizan a la cláusula y a su aplicación. Así pues, deben ser leídas en el contexto del proyecto en su totalidad, junto con los demás artículos.

4) Según el párrafo 1 del artículo 2, el «trato de la nación más favorecida» es el objetivo y propósito de la cláusula. No se hace mención de conceptos conexos tales como el de «principio de la nación más favorecida», «régimen de la nación más favorecida» y «norma de la nación más favorecida». Si bien todas estas expresiones tienen sus ventajas en contextos particulares, no se consideró necesario incluirlas en la definición de la cláusula. En cuanto a la última expresión apoyada por Schwarzenberger¹⁵, se estima que en realidad se refiere a la «norma del *trato* de la nación más favorecida»¹⁶.

5) Al intentar definir el concepto de cláusula de la nación más favorecida se tuvo en cuenta la advertencia de McNair de que

aunque se acostumbra a hablar de la cláusula de la nación más favorecida, hay muchas formas de cláusula y en consecuencia todo intento de generalizar acerca del significado y los efectos de dichas cláusulas debe hacerse y aceptarse con cautela¹⁷.

Dicho en otras palabras, no existe en términos estrictos la cláusula de la nación más favorecida; cada tratado debe ser examinado independientemente¹⁸ «y, además, «hay innumerables cláusulas de la nación más favorecida»¹⁹. Estas consideraciones se tuvieron en cuenta al elegir para la definición de la cláusula una fórmula que hiciera hincapié en el *trato* de la nación más favorecida, de modo que esencialmente dijera que toda disposición de un tratado por la que se otorgue el *trato* de la nación más favorecida es una cláusula de la nación más favorecida.

6) De la definición dada en el párrafo 1 del artículo 2, se desprende que el compromiso de otorgar el *trato* de la nación más favorecida es un elemento constitutivo de la cláusula de la nación más favorecida. En consecuencia, las cláusulas que no contienen este elemento no se incluyen en el presente estudio, aun cuando su finalidad sea similar a la de la cláusula de la nación más favorecida. Un ejemplo de estas cláusulas es la contenida en el párrafo 2 del artículo XVII del GATT, en el que se exige que se conceda «un *trato* equitativo» a las Partes Contratantes respecto de las importaciones de productos destinados a ser utilizados inmediatamente por los poderes públicos²⁰. Otro ejemplo es el

párrafo 1 del artículo XIII de dicho acuerdo que requiere que la aplicación de las restricciones cuantitativas sea «no discriminatoria»²¹. El artículo 23 del Tratado que establece una zona de libre comercio e instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (Tratado de Montevideo), de 18 de febrero de 1960²², contiene una disposición análoga. Si bien la cláusula de la nación favorecida protege al beneficiario contra la discriminación, la cláusula de no discriminación no produce necesariamente las mismas ventajas que la cláusula de la nación más favorecida²³. El que una determinada disposición de un tratado entre en la categoría de cláusula de la nación más favorecida es una cuestión de interpretación.

7) El párrafo 1 del artículo 2 está destinado a abarcar las cláusulas incluidas en tratados bilaterales y en tratados multilaterales. También prevé los casos, sin duda raros, de «concesiones unilaterales del *trato* de la nación más favorecida» hechas en esos tratados. Esto se ha considerado conveniente por diversas razones. Cuando el Relator Especial dijo, en su documento de trabajo del 19 de junio de 1968, que «la cláusula que contiene una promesa unilateral sólo tiene importancia histórica»²⁴, se estaba haciendo referencia a las capitulaciones. La afirmación de que «hoy la cláusula no es nunca unilateral»²⁵, se refiere a las llamadas «cláusulas generales de la nación más favorecida» que suelen figurar en tratados de comercio y establecimiento. En efecto, la concesión unilateral en este tipo de tratados los haría claramente desiguales y tal vez nulos. También es posible suscribir la opinión de que, en tales casos,

es una cuestión de interpretación del [...] instrumento de que se trate la de si [...] se tiene la intención de que una concesión unilateral de *trato* de la nación más favorecida sea jurídicamente obligatoria. En todo caso, dicha concesión puede ser revocada mediante la notificación oportuna²⁶.

El anexo F (segunda parte) del Tratado relativo al establecimiento de la República de Chipre, firmado en Nicosia el 16 de agosto de 1960, contiene una promesa unilateral o, más bien, un *pactum de contrahendo* sobre futuros acuerdos respecto de la concesión unilateral del *trato* de la nación más favorecida. El Tratado dice:

La República de Chipre, mediante acuerdo sobre condiciones apropiadas, dará el *trato* de la nación más favorecida al Reino Unido, a Grecia y a Turquía con respecto a todo acuerdo cualquiera que fuese su naturaleza²⁷.

¹⁵ G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens, 1971 pág. 129.

¹⁶ Schwarzenberger menciona otros tipos de normas, tales como la de «trato preferencial», «trato idéntico» y «trato equitativo» (*ibid.*, págs. 156 y 157). [Subrayado por el Relator Especial.]

¹⁷ A. D. McNair, *The Law of Treaties*, ed. rev., Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 273.

¹⁸ D. Anzilotti y A. D. McNair, citados en Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 138.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 159.

²⁰ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 55, pág. 253. Véase también *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, vol. II, pág. 240, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 162.

²¹ *Ibid.*, págs. 239 y 240, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 160.

²² Véase *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social*, 30.º período de sesiones, Suplemento N.º 4 (E/3333), anexo II. Véase también *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, vol. II, pág. 240, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 161.

²³ Véase párr. 13 *supra*.

²⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1968, vol. II, pág. 162, documento A/CN.4/L.127, párr. 8.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ G. Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 138.

²⁷ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 382, pág. 145.

Sin embargo, hay situaciones excepcionales en las que, por las circunstancias, sólo una de las partes contratantes está en condiciones de ofrecer el trato de la nación más favorecida en una «cláusula especial de la nación más favorecida», tal vez a cambio de una contraprestación de otro tipo. Ejemplo de ello es el tratado del 13 de octubre de 1909 por el cual Suiza otorgó unilateralmente el trato de la nación más favorecida a Alemania e Italia respecto del empleo del ferrocarril construido en el San Gotardo en Suiza²⁸. Dicha cláusula unilateral puede aparecer, por ejemplo, en un tratado en el que se conceda a los buques de un Estado sin litoral el trato de la nación más favorecida en los puertos y embarcaderos del Estado concedente. Como el Estado sin litoral no está en condiciones de ofrecer una contraprestación del mismo tipo, la cláusula es unilateral; en el mismo tratado puede naturalmente preverse otro tipo de contraprestación a cambio de la concesión del trato de la nación más favorecida. Así, en el artículo 11 del Tratado de comercio y navegación celebrado entre la República Socialista Checoslovaca y la República Democrática Alemana el 25 de noviembre de 1959, éste último Estado otorgó unilateralmente el trato de la nación más favorecida a «los buques mercantes checoslovacos y sus cargamentos en lo que se refiere a su entrada, salida y permanencia en puertos de la República Democrática Alemana»²⁹. Una situación análoga puede plantearse cuando el tratado se refiere específicamente al comercio y a los aranceles aduaneros aplicables exclusivamente a un determinado tipo de producto (por ejemplo, las naranjas), respecto del cual hay tráfico en una sola dirección entre las dos partes contratantes.

8) Es a todas luces conveniente que cualquier definición de las cláusulas de la nación más favorecida incluya también a las que figuran en tratados multilaterales. El tema que examina la Comisión no se limita a los tratados bilaterales. Tradicionalmente, las cláusulas de la nación más favorecida aparecen en tratados bilaterales. Con el aumento del multilateralismo en las relaciones internacionales estas cláusulas han empezado a insertarse en tratados multilaterales³⁰.

²⁸ P. Guggenheim, *op. cit.*, pág. 97.

²⁹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 374, pág. 121.

³⁰ Schwarzenberger (*op. cit.*, pág. 138) cita los siguientes tratados como los primeros ejemplos de tratados multilaterales en que se estipula el trato de la nación más favorecida: el Protocolo entre Gran Bretaña, España y Alemania respecto del archipiélago Sulu, de 11 de marzo de 1877, artículo 3 (*Hertslet's Commercial Treaties*, Londres, Butterworth, 1880, vol. XIV, págs. 515 y 516); la Convención entre Austria-Hungría, Bélgica, Gran Bretaña, etc., de 3 de julio de 1880, sobre protección diplomática en Marruecos, artículo 17 (*British and Foreign State Papers, 1879-1880*, vol. LXXI, Londres, H. M. Stationery Office, 1887, pág. 644); el Convenio y el Estatuto del régimen internacional de los puertos marítimos, de 9 de diciembre de 1923, artículos 2 y 5 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LVIII, pág. 301). Asimismo, la Convención de Ouchy sobre la reducción de las barreras económicas, celebrada el 18 de julio de 1932 entre Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos abierta a todos los Estados, dispone en su artículo 5: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a aplicar en sus intercambios recíprocos el régimen incondicional e ilimitado de la nación más favorecida» (M. O. Hudson, *International Legislation*, Washington, D. C.,

Entre los más recientes está el GATT, el Tratado de Montevideo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 23 de julio de 1951³¹; y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954³². Al respecto, es necesario mencionar el importante estudio realizado recientemente por el Instituto de Derecho Internacional sobre la cláusula de la nación más favorecida en los tratados multilaterales³³.

9) El párrafo 2 del artículo 2 no tiene otro objeto que completar el párrafo 1 y aclarar la situación en los casos en que, como es usual, los Estados contratantes se comprometen a otorgarse recíprocamente el trato de la nación más favorecida.

10) En el párrafo 1 del artículo 3 podría haberse empleado el adjetivo «iguales» para calificar a la relación entre las condiciones del trato de que goza cualquier tercer Estado y las prometidas por el Estado concedente al Estado beneficiario. Sin embargo, la palabra «iguales» no se ajusta exactamente a esta idea. Sin duda, no es tan rígida como la palabra «idénticas» ni tan vaga como la palabra «análogas», y esto es un argumento a su favor. En contra de ello, puede decirse lo siguiente: el trato de la nación más favorecida no excluye la posibilidad de que el Estado concedente otorgue al Estado beneficiario más ventajas que las que concede al tercer Estado más favorecido. En otras palabras, en tanto que el trato de la nación más favorecida impide que el Estado concedente otorgue un trato preferencial a terceros Estados, es perfectamente compatible con la concesión de un trato preferencial por el Estado concedente al Estado beneficiario³⁴. Así, en lugar de calificar a las condiciones del trato debido al Estado beneficiario en virtud de una cláusula de la nación más favorecida de «iguales» a las del trato otorgado al tercer Estado, se consideró que era más adecuada la expresión «no menos favorables».

11) No obstante las consideraciones precedentes, hay argumentos en favor del empleo de la palabra «iguales». Aunque es cierto que el Estado beneficiario puede recibir un trato mejor que el que se otorga al tercer Estado más favorecido, esta posibilidad es bastante remota y más teórica que práctica. Además, la «igualdad de trato» parece guardar una relación particularmente estrecha con la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Se ha sostenido que la cláusula representa el principio de la igualdad de trato en la esfera del comercio internacional y que es su instrumento, así como que la cláusula es un medio para

Carnegie Endowment for International Peace, 1932-1934, vol. VI, pág. 98.) La Convención mencionada en último término no ha entrado en vigor.

³¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 189, pág. 137. [Para una versión española, véase Naciones Unidas, *Derechos Humanos — Recopilación de instrumentos internacionales de las Naciones Unidas* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.68.XIV.6), pág. 65.]

³² *Ibid.*, vol. 360, pág. 117. Véase también párr. 26 *infra*.

³³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, Basilea, vol. 53, 1969, t. I, págs. 1 a 292 (P. Pescatore, relator).

³⁴ G. Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 129.

un fin: la aplicación de la norma de la igualdad de trato en las relaciones comerciales³⁵. Cabe afirmar que esta característica de la cláusula no se limita a la esfera de las relaciones comerciales.

12) La Corte Internacional de Justicia consideró incluso que esta característica de la cláusula tenía carácter general, y declaró que el propósito de las cláusulas de la nación más favorecida es «establecer y mantener en todo momento una igualdad fundamental sin discriminación entre los países interesados»³⁶.

Un ex presidente de la Comisión de Derecho Internacional ha declarado también:

Por consiguiente, su objeto es el de generalizar las ventajas que una de las partes contratantes conceda a un tercer Estado, ya sean de orden general, ya se refieran a ciertos aspectos particulares. En este sentido constituye un medio importante para alcanzar la finalidad que se propone el párrafo 2 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas, a saber: «fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos [...] de los pueblos»³⁷.

13) Otra autoridad nos advierte del peligro de identificar el principio del trato de la nación más favorecida con el principio de no discriminación. Este último tiene carácter más general y rige las relaciones políticas, económicas, culturales y de otra índole de los Estados. El principio del trato de la nación más favorecida se circunscribe principalmente a las relaciones económicas, especialmente a las reguladas por tratado. El segundo principio significa que los Estados pueden esperar que otros Estados les concedan trato igual en sus relaciones internacionales, dentro de un régimen general no discriminatorio. Por el contrario, según el régimen de la nación más favorecida los Estados sólo pueden exigir las condiciones más ventajosas en virtud de obligaciones estipuladas en un tratado. El ejemplo que mejor explica la existencia de estos dos tipos de regímenes es el sistema de aranceles aduaneros según el cual se aplica un tipo de aranceles más bajos a las importaciones procedentes de los Estados que gozan del trato de la nación más favorecida y otro diferente, de aranceles más altos, a las importaciones procedentes de los demás Estados³⁸. Por otra parte, la Comisión de Derecho Internacional ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre el carácter general del principio de no discriminación. Declaró que la norma de no discriminación es «una regla general que es una consecuen-

cia de la igualdad de los Estados»³⁹ y que la no discriminación es «una norma general que se deduce de la igualdad soberana de los Estados»⁴⁰.

14) Muchos, quizá la mayoría, reconocen que la cláusula de la nación más favorecida (especialmente en su forma incondicional) debido a su carácter especial constituye la base fundamental en que debe asentarse el comercio internacional. El octavo principio general aprobado en el primer período de sesiones de la UNCTAD expresa esta idea⁴¹. Sin embargo, en el propio texto del principio general se ha incorporado una importante limitación explicada más tarde como sigue:

La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a todos los países, cualquiera que sea su nivel de desarrollo, satisfaría las condiciones de una igualdad formal, pero en realidad entrañaría una discriminación implícita contra los miembros más débiles de la comunidad internacional. Ello no significa rechazar con carácter permanente la cláusula de la nación más favorecida [...] El reconocimiento de las necesidades de los países en desarrollo en cuanto a comercio y progreso, exige que durante un tiempo determinado no se aplique la cláusula de la nación más favorecida a determinados tipos de relaciones comerciales internacionales⁴².

Aquí no se hace un estudio más detallado de estos problemas⁴³, pero volverán a tratarse respecto de las posibles excepciones de la cláusula sin estudiar a fondo la cuestión. Estos problemas se refieren, más que a los aspectos jurídicos de la cláusula, al inmenso problema de la organización del comercio internacional. Se estima que tratar estos problemas con cautela está en consonancia con el propósito de la Comisión de «aclarar su alcance y efectos [de la cláusula] como institución jurídica [...] sin entrar por ello en materias que escapaban a su competencia [de la Comisión]»⁴⁴.

15) En algunas definiciones del trato de la nación más favorecida se destaca que éste debe ser igual o no inferior al que «se haya otorgado o se otorgará en

³⁵ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, vol. II, págs. 223 y 224, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 55.

³⁶ Asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos, Sentencia de 27 de agosto de 1952: *C.I.J. Recueil*, 1952, pág. 192.

³⁷ Segundo informe sobre relaciones e inmunidades consulares presentado por el Sr. Jaroslav Zourek, Relator Especial. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1960, vol. II, págs. 18 y 19, documento A/CN.4/131, segunda parte, párr. 3.

³⁸ E. Usenko, *op. cit.*, pág. 238 (traducción al alemán, pág. 200).

³⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1958, vol. II, pág. 112, documento A/3858, cap. III, proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, comentario al artículo 44.

⁴⁰ *Ibid.*, 1961, vol. II, pág. 142, documento A/4843, cap. II, proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares, comentario al artículo 70.

⁴¹ Este principio se aprobó en votación nominal por 78 votos contra 11 y 23 abstenciones. *Ibid.*, 1970, vol. II, págs. 247 y 248, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 188.

⁴² *Ibid.* Esta cita esta tomada del memorando presentado por la UNCTAD en respuesta a una carta circular del Secretario General. Para más detalles sobre las opiniones de la UNCTAD sobre la función de la cláusula de la nación más favorecida en el comercio entre los países desarrollados y en el comercio entre los países en desarrollo, *ibid.*, págs. 255 a 257, documento A/CN.4/228 y Add.1, anexo I.

⁴³ Para un estudio científico de los problemas comerciales de los países en desarrollo, véase K. Hasan, *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, La Haya, Nijhoff, 1968. Véase también H. Gros Espiell, «The most favoured nation clause: Its present significance in GATT», *Journal of World Trade Law*, Twickenham, vol. 5, N.º 1 (enero-febrero 1971), pág. 29.

⁴⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, vol. II, págs. 245 y 246, documento A/7610/Rev.1, párr. 87.

el futuro a cualquier Estado». Aunque esto es totalmente cierto, el texto propuesto en el párrafo 1 del artículo 3 emplea simplemente la palabra «otorgado» por considerar que expresa la misma idea y hace que el texto sea más fluido.

16) La referencia que hace el párrafo 1 del artículo 3 «a cualquier tercer Estado» debe entenderse sin perjuicio de cualesquiera excepciones que puedan acordar los Estados contratantes. Más adelante se tratará el problema de las excepciones.

17) El párrafo 1 del artículo 3 requiere que el trato de la nación más favorecida se limite a «una esfera definida de las relaciones internacionales con respecto a determinadas personas o cosas». A primera vista esto parece contradecir la idea de que la cláusula de la nación más favorecida no debe ser por fuerza, como sucede generalmente, una de las llamadas cláusulas «especializadas», es decir, una cláusula que limita claramente el ámbito de su aplicación (por ejemplo, comercio, navegación, establecimiento, etc.) y su objeto (por ejemplo, productos importados del país beneficiario, buques que navegan bajo su pabellón, sus nacionales, etc.), sino que también puede redactarse como una «cláusula general». Esta última se ha definido como una cláusula cuyo ámbito de aplicación «no está limitado por ninguno de los términos de la estipulación»⁴⁵. Es posible que en el pasado hubiese cláusulas que correspondiesen a esta definición⁴⁶. Incluso las cláusulas de este tipo están limitadas evidentemente por el objeto del tratado mismo (por ejemplo, comercio, establecimiento, etc.)⁴⁷. Cuando el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones abogó por una cláusula sin limitaciones, lo hizo bajo el título de «La cláusula de la nación más favorecida en materia aduanera» y lo esencial de su argumento era que la cláusula «debe aplicarse a la totalidad de los aranceles de los países contratantes»⁴⁸.

18) El Relator Especial trató de delimitar las esferas de relaciones internacionales en que los Estados pueden otorgar el trato de la nación más favorecida, o dicho de otra manera, trató de hallar una expresión que comprendiese las materias en las que puede aplicarse la cláusula de la nación más favorecida⁴⁹. Según McNair, «El comercio es el campo principal de la cláusula de la nación más favorecida, pero esta noción se

ha interpretado libremente»⁵⁰. Ciertamente, la palabra comercio podría ser la más adecuada para expresar lo que se pretende, especialmente si se le diera el significado de la palabra latina *commercium* que comprende no solamente el comercio, sino también la relación, la comunicación y todo tipo de contactos. No obstante, se consideró que el significado ordinario de la palabra no puede ampliarse de tal forma que comprenda todos los aspectos de las relaciones internacionales sobre los que se han estipulado cláusulas de la nación más favorecida en los tratados.

19) A este respecto debe señalarse que el presente estudio no se basa en una investigación exhaustiva de los tratados que contienen cláusulas de la nación más favorecida, R. C. Snyder acometió tal investigación, semejante a la lucha del Laocote con las serpientes, respecto de 600 tratados económicos publicados en el *Recueil des Traités* de la Sociedad de las Naciones⁵¹. Según Pescatore, «Si se prescindiera de los acuerdos concertados en el marco del GATT, en la recopilación de las Naciones Unidas solamente puede contarse una treintena de tratados internacionales que contengan la c.n.m.f. [cláusula de la nación más favorecida]»⁵². Admitiendo que no todos los tratados están registrados en la Secretaría de las Naciones Unidas, achaca esta disminución del número de tales tratados al hecho de que los Estados Partes en el GATT no necesitan concertar entre ellos acuerdos bilaterales de trato más favorecido respecto de los aranceles aduaneros. El Relator Especial considera que la cifra de treinta es una estimación demasiado baja. Sea como fuere, el número de tratados publicados en el *Recueil des Traités* de las Naciones Unidas que contienen una cláusula de la nación más favorecida es mucho menor que el de los publicados en el *Recueil* de la Sociedad de las Naciones, por lo cual se prestaría más fácilmente a estudio y clasificación. Se considera que el *Recueil des Traités* de las Naciones Unidas constituye un espejo fiel de las relaciones de los Estados reguladas por tratado y que puede confiarse en que las conclusiones derivadas de su estudio serían válidas.

20) Las esferas de aplicación de la cláusula son sumamente variadas. Las cuestiones de comercio y, en particular, de aduanas constituyen las esferas en las que se aplica con mayor frecuencia. Algunos tratados contienen una llamada «cláusula general» en la que se estipula el trato de la nación más favorecida «en todas las cuestiones relativas al comercio, la navegación y todas las demás relaciones económicas de otra índole...»⁵³. En cuestiones de aduanas el ejemplo más conocido es la «cláusula general» del párrafo 1 del artículo 1 del GATT⁵⁴. A veces, las cláusulas en esta

⁴⁵ S. Basdevant, *op. cit.*, pág. 474, párr. 34.

⁴⁶ Así por ejemplo el *Dictionnaire diplomatique*, de la Académie diplomatique internationale (publicado bajo la dirección de A.-F. Frangulis, París, 1933, vol. I), cita en su pág. 470 una disposición de un tratado de 1881 concertado entre los Estados Unidos y Serbia:

«Igualmente, toda ventaja o inmunidad que sea posteriormente concedida a una tercera Potencia será concedida inmediata, incondicionalmente e *ipso facto* a la otra Parte contratante.»

⁴⁷ «L'objet de la clause se confond ici avec celui du traité qui la contient.» (P. Level, *op. cit.*, pág. 333, párr. 6.)

⁴⁸ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, vol. II, pág. 184, documento A/CN.4/213, anexo I.

⁴⁹ *Ibid.*, 1968, vol. II, pág. 163, documento A/CN.4/L.127, sección VII.

⁵⁰ A. D. McNair, *op. cit.*, pág. 273.

⁵¹ R. C. Snyder, *op. cit.*

⁵² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 53 (1969), t. I, pág. 16.

⁵³ Tratado de comercio y navegación entre la República Checoslovaca y la República Democrática Alemana, firmado en Berlín el 25 de noviembre de 1959 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 374, pág. 101), art. 2.

⁵⁴ Para el texto y explicación de éste, véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, vol. II, pág. 236, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 144.

materia se redactan en forma negativa, prometiendo no el trato «más favorable» sino el «menos desfavorable». Así, el artículo 4 del tratado entre Checoslovaquia y la República Democrática Alemana mencionado *supra*, dice :

[...] los productos naturales y manufacturados importados del Territorio de una Parte Contratante [...] no estarán sujetos a derechos, impuestos u otros gravámenes distintos o superiores ni a reglamentos distintos o a formalidades más engorrosas que aquellos a los que están sujetos los productos naturales y manufacturados análogos de cualquier tercer Estado.

21) El transporte en general y la navegación en particular son también esferas importantes en las que se aplica la cláusula. Los artículos 2 y 5 del Convenio y Estatuto sobre el régimen internacional de puertos marítimos, de 9 de diciembre de 1923⁵⁵, aseguran el trato de nacional y el trato de la nación más favorecida a los buques de los Estados contratantes en los puertos de los demás signatarios del tratado. El mismo trato deberá aplicarse a los buques de los Estados sin litoral en cuanto al acceso a los puertos marítimos y la utilización de los de Estados situados entre el mar y el Estado sin litoral, según el tercer principio consagrado en el preámbulo a la Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral de 8 de julio de 1965⁵⁶. El «transporte de mercaderías, pasajeros y equipaje por carreteras y vías navegables interiores y por ferrocarril» también puede constituir una esfera de aplicación de una estipulación de nación más favorecida, tal como la incluida en el tratado entre Checoslovaquia y la República Democrática Alemana mencionado *supra*, «en todas las cuestiones relativas a la aceptación de consignaciones para el transporte, al tipo y medios de transporte y a los costos y cargas del transporte (art. 15).

22) Respecto del trato de los extranjeros, el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América y la República de Nicaragua⁵⁷ ha sido citado por un autor francés⁵⁸ para demostrar la variedad de situaciones a las que se aplican las cláusulas de la nación más favorecida, o sea, el ingenio de los redactores de tratados para encontrar esferas de aplicación de tales estipulaciones. El trato de la nación más favorecida es concedido recíprocamente por las partes en este tratado (a menudo combinado con el trato de nacional) a los nacionales y compañías de cada una de las partes en cuanto a los siguientes puntos : acceso a los tribunales de justicia y a los tribunales y entidades administrativos en todos los grados jurisdiccionales, tanto en la demanda de sus derechos como en la defensa de ellos (art. V), condiciones relativas a los registros oficiales y exámenes de viviendas, oficinas y otros locales de nacionales y compañías (art. VI, párr. 2), condiciones de expropiación de bienes y de empresas privadas para convertirlas en

propiedad pública y de colocación de empresas bajo dominio público (art. VI, párrs. 4 a 5), actividades científicas, educativas, religiosas y filantrópicas (art. VIII), obtención y posesión de patentes de invención y derechos sobre marcas de fábrica, nombres comerciales, rótulos comerciales y propiedad industrial de toda clase (art. X), pagos, remesas y traslados de fondos o de instrumentos negociables (art. XII), y, por último, agentes viajantes a la entrada y a la salida del territorio de las Partes y durante su permanencia en él, y aduanas, impuestos y gravámenes aplicables a ellos y reglamentos que regulen el ejercicio de sus funciones (art. XIII).

23) En algunos tratados se estipula el trato de la nación más favorecida para el servicio militar de los extranjeros. Así, el Japón y Yugoslavia, en su Tratado de comercio y navegación de 28 de febrero de 1959, acordaron que :

Con respecto a la exención [...] [de todo servicio militar en la Guardia Nacional o Milicia y de todos los impuestos y gravámenes militares en reemplazo de dichos servicios personales] y todos los préstamos de guerra forzosos, así como a cualquier exacción o requisición militares, o alojamiento obligatorio, se concederá a los nacionales de cualquiera de las Altas Partes Contratantes un trato no menos favorable que el concedido a los nacionales de cualquier tercer país⁵⁹.

24) En lo referente a las cláusulas de la nación más favorecida en materia de derechos literarios y artísticos y, en algunos casos, de derechos de propiedad industrial, el autor de una publicación reciente de suma utilidad⁶⁰ enumera 28 tratados que contienen dichas cláusulas. De éstos, 11 se originaron en el siglo XIX y 17 en el actual, y el más reciente es de 1937. El estudio de estos tratados da resultados interesantes, particularmente en relación con los tratados multilaterales en esta esfera.

25) Respecto de las cláusulas de la nación más favorecida en tratados sobre relaciones e inmunidades comerciales, faltan pruebas de que haya llegado a cons-

26) En la esfera del trato de los extranjeros, las cláusulas contenidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951⁶², y las de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, tomadas en gran medida de la primera, merecen especial atención. En la primera Convención, los Estados contratantes conceden a todo refugiado «el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el *concedido generalmente a los extranjeros* en iguales circunstancias, respecto a la adquisición de bienes muebles e inmuebles y otros derechos conexos, arriendos y otros contratos relativos a bienes muebles e inmuebles» (art. 13)⁶³. Se concederá a los refugiados «el trato más favorable *concedido* [...] a los nacionales de un

⁵⁵ Véase la nota 30 *supra*.

⁵⁶ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 597, pág. 44.

⁵⁷ *Ibid.*, vol. 367, pág. 5.

⁵⁸ E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1972, pág. 29, nota 7.

⁵⁹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 341, pág. 183.

⁶⁰ F. Majoros, *Les arrangements bilatéraux en matière de droit d'auteur* (Paris, Pedone, 1971).

⁶¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1960, vol. II, documento A/CN.4/131, págs. 18 a 25.

⁶² Véase la nota 31 *supra*.

⁶³ Subrayado por el Relator Especial.

país extranjero» en lo relativo a las asociaciones no políticas ni lucrativas y a los sindicatos (art. 15)⁶⁴ y en lo relativo al derecho a empleo remunerado (art. 17). Reciben un «trato [...] en ningún caso menos favorable que el *concedido en las mismas circunstancias generalmente a los extranjeros* en lo que respecta al derecho de realizar trabajos por cuenta propia en la agricultura, la industria, la artesanía y el comercio y de establecer compañías comerciales e industriales» (art. 18)⁶⁵, en lo relativo al ejercicio de una profesión liberal sobre la base de diplomas reconocidos por las autoridades competentes de Estado receptor (art. 19) y en lo relativo a la «vivienda [...] en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales» (art. 21) y finalmente «respecto de la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto a acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios, diplomas y títulos universitarios expedidos en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas» (art. 22)⁶⁶. El rasgo particular de estas cláusulas no consiste en la designación de las esferas en que debe darse este trato a los refugiados y apátridas respectivamente, sino en la interpretación de las cláusulas. El beneficiario de las cláusulas no es un Estado en particular al que la persona de que se trata pertenece mediante el vínculo de nacionalidad, sino todos los Estados que tienen una relación por medio de un tratado con el Estado otorgante. El *tertium comparationis*, el trato con el que se compara el trato del objeto de la cláusula, no es el otorgado a un tercer Estado (excepto en los artículos 15 y 17 en los que se menciona a *los nacionales de un país extranjero*) sino a los *extranjeros*, que no necesitan ser nacionales de ningún país (en caso de que sean apátridas). De aquí que estas cláusulas no estén contempladas en la definición dada en el artículo 2 si se interpreta estrictamente esta definición.

Artículo 4.—Fundamento jurídico del trato de la nación más favorecida

Un Estado sólo podrá reclamar a otro Estado el trato de la nación más favorecida fundándose en la existencia de una cláusula de la nación más favorecida en vigor entre ellos.

COMENTARIO

1) Esta es una norma generalmente aceptada y sólidamente establecida⁶⁷. Mientras que el artículo 2 dice que no existe ninguna cláusula de la nación más favorecida sin una promesa de trato de la nación más favo-

recida, la norma del artículo 4 significa que los Estados no tienen derecho a reclamar el trato de la nación más favorecida si no los autoriza a ello una cláusula de la nación más favorecida.

2) La cuestión de si los Estados pueden reclamar mutuamente el trato de la nación más favorecida como un derecho se debatió en el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones pero sólo respecto de los derechos aduaneros. El Comité Económico no llegó a un acuerdo sobre la cuestión, pero manifestó que «la concesión del trato de la nación más favorecida debe ser lo normal»⁶⁸. Aunque la concesión del trato de la nación más favorecida es frecuente en los tratados comerciales, faltan pruebas de que haya llegado a constituir una norma de derecho internacional consuetudinario. De aquí que sólo los tratados sean fundamento del trato de la nación más favorecida⁶⁹.

3) En materias distintas del comercio no se ha planteado nunca la cuestión de si los Estados pueden reclamar mutuamente el trato de la nación más favorecida a falta de una estipulación de un tratado.

4) De diferente orden y ajena a la tratada en el artículo, es la cuestión de si los Estados, en virtud de la norma general de la no discriminación, no están obligados a tratar a los que comercian con ellos en pie de igualdad o, en otras palabras, si un Estado que concediera el trato de la nación más favorecida a la mayoría de los que comercian con él en una determinada esfera y se negara a establecer acuerdos similares con otros no violaría sus obligaciones internacionales en virtud de la prohibición general de discriminar⁷⁰.

Artículo 5.—Fuente del derecho del Estado beneficiario

El derecho del Estado beneficiario a reclamar las ventajas otorgadas por el Estado concedente a un tercer Estado en virtud de un tratado colateral o por un acto autónomo se basa en la cláusula de la nación más favorecida: el tratado que contiene la cláusula crea el vínculo jurídico entre el Estado concedente y el Estado beneficiario.

COMENTARIO

1) La afirmación que se hace en el artículo 5 es evidentemente exacta cuando no existe ningún tratado colateral entre el Estado concedente y el tercer Estado y cuando el Estado beneficiario reclama del Estado concedente un trato de favor que este último ha concedido al tercer Estado por un acto legislativo autónomo o por la simple práctica. Al no haber entre las partes más tratados que el que contiene la cláusula de la

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Los artículos correspondientes de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas [véase la nota 32 *supra*] tienen los mismos números.

⁶⁷ E. Usenko, *op. cit.*, pág. 238, traducción al alemán, pág. 200; D. Vignes, *op. cit.*, pág. 224; E. Sauvignon, *op. cit.*, pág. 2; K. Hyder, *op. cit.*, pág. 33.

⁶⁸ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, vol. 11, pág. 184, documento A/CN.4/213, anexo I.

⁶⁹ Véase G. Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 138.

⁷⁰ Véase *supra* pág. 178, párr. 13 del comentario a los artículos 2 y 3, y *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, vol. I, pág. 260, 1036.ª sesión, párr. 69.

nación más favorecida, el derecho del beneficiario a reclamar las ventajas otorgadas al tercer Estado por el Estado concedente no puede tener su origen más que en ese tratado, es decir, en la estipulación de éste por la que se concede al Estado beneficiario el trato de la nación más favorecida.

2) Solamente se plantea un problema cuando se ha concertado entre el Estado concedente y un tercer Estado un tratado (tratado colateral) por el que se otorgan al tercer Estado ciertos derechos que el Estado beneficiario puede automáticamente reclamar basándose en la cláusula de la nación más favorecida. En tal caso coexisten dos tratados entre las tres partes y cabe preguntarse cuál de los dos tratados crea el derecho del Estado beneficiario a pedir al Estado concedente el trato de favor que éste otorga al tercer Estado.

3) Ante la Corte Internacional de Justicia y entre sus miembros se sostuvieron dos opiniones contrarias sobre esta cuestión en el Asunto de la Anglo-Iranian Oil Company (Sentencia de 1952). La parte británica opinaba que

la cláusula de la nación más favorecida es en esencia, por sí misma, una cláusula sin contenido; es una cláusula contingente. Si el país que concede el trato de la nación más favorecida no tiene en absoluto relaciones convencionales con ningún tercer Estado, la cláusula de la nación más favorecida queda sin contenido. Adquiere su contenido sólo cuando el Estado otorgante entra en relaciones con un tercer Estado, y su contenido aumenta cada vez que se concede un nuevo trato de favor a terceros Estados [...] ⁷¹. [Traducción de la Secretaría.]

Según la opinión contraria de la parte iraní, la cláusula de la nación más favorecida

[...] lleva aparejado un compromiso cuyo objeto es real. Sin duda no está determinado y podrá cambiar de alcance según los tratados concertados ulteriormente, pero ello basta para que sea determinable. El papel de los tratados ulteriores no es, por lo tanto, crear nuevas obligaciones con respecto al Estado beneficiario de la cláusula sino modificar el alcance de la antigua obligación. Esta no deja por ello de ser la raíz del derecho, la fuente del derecho, el origen del derecho [...] ⁷².

4) Como es bien sabido, la mayoría de los miembros de la Corte sostuvieron esta última opinión. Como declaró la Corte :

El tratado que contiene la cláusula de la nación más favorecida es el tratado básico... Este tratado es el que establece vínculo jurídico entre el Reino Unido [es decir, el Estado beneficiario] y el tratado de un tercero y confiere a ese Estado los derechos de que disfruta el tercero. El tratado de un tercero, independiente del tratado básico y separado de él, no puede surtir ningún efecto jurídico entre el Reino Unido [Estado beneficiario] y el Irán [Estado concedente] : es *res inter alios acta* ⁷³. [Traducción de la Secretaría.]

5) El parecer de la minoría quedó muy bien expresado en la opinión disidente del magistrado Hackworth,

⁷¹ Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume Uni c. Iran), C.I.J. Mémoires, 1952, pág. 533.

⁷² Ibid., pág. 616.

⁷³ C.I.J. Recueil, 1952, pág. 109.

quien sostuvo que las cláusulas de la nación más favorecida de que se trataba

se relacionaban con derechos *in futuro*. Existía el derecho a reclamar algo, pero se trataba de un derecho imperfecto. No había nada a que pudiera asociarse salvo que se concediera un trato de favor a nacionales de otro país, y no antes de ese momento. [El] nuevo derecho —basado en conceptos de derecho internacional— debió su existencia no sólo a los primeros tratados, y ni siquiera primordialmente a ellos, sino a ellos más los nuevos tratados que les dieron vitalidad. El nuevo tratado es, de derecho y de hecho, la fuente de los derechos recién adquiridos [...]. El tratado posterior, y no la cláusula de la nación más favorecida, contiene la seguridad en que se trata de basarse ⁷⁴.

6) Los mismos argumentos fueron expuestos por el magistrado Levi Carneiro, quien en su opinión disidente dijo :

Es perfectamente conocida la manera en que funciona la cláusula de la nación más favorecida. No surte efecto por sí sola, sino que se aplica oportunamente al tratado posterior por el que se concede alguna ventaja a otra nación, e inmediatamente hace extensiva tal ventaja a la nación favorecida.

Por consiguiente, el efecto de la cláusula es, como ha dicho Visser, complementario (Ito, *La clause de la nation la plus favorisée*, pág. 36). Por sí sola, la cláusula no confiere derecho alguno; puede no ser aplicada y no llegar a tener efectividad. Los derechos o ventajas otorgados a un tercer Estado no existen, ni en beneficio de ese Estado ni en el del Estado favorecido, antes de ser expresamente concedidos. Análogamente, los derechos o las ventajas no subsisten para el Estado favorecido si se anula la concesión hecha a otro Estado (Raphaël A. Farra, *Les effets de la clause*, etc., pág. 67; Joseph Ebner, *La clause de la nation*, etc., págs. 149 y 150; Marcel Sibert, *Traité de droit international public*, II, pág. 255). En otras palabras, la cláusula no tiene ningún efecto permanente; su efecto es meramente contingente y depende de que continúe en vigor el otro tratado cuyo alcance amplía.

Oppenheim la considera como una norma jurídica, «pero una norma jurídica cuyo contenido es incierto, porque depende de un suceso futuro, consistente en las concesiones que se otorguen a terceros Estados» (*La clause de la nation*, etc., pág. 26). La cláusula es meramente una garantía condicional de una concesión futura, una promesa o un compromiso de otorgar a un Estado o a sus nacionales las mismas ventajas que se hayan concedido o se puedan conceder a otros Estados y a los nacionales de otros Estados ⁷⁵.

7) El carácter contingente de la cláusula es indudable y no es discutido por nadie, pero las conclusiones que de él sacan los magistrados disidentes no parecen haber sido aceptadas en la doctrina jurídica. Los autores parecen apoyar unánimemente las conclusiones de la mayoría de los miembros de la Corte ⁷⁶.

8) La solución dada en el fallo de la Corte parece estar en consonancia con las normas del derecho de los tratados relativas al efecto de éstos sobre los Esta-

⁷⁴ Ibid., págs. 140 y 141.

⁷⁵ Ibid., págs. 157 y 158.

⁷⁶ Véase por ejemplo P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, 2.ª ed. rev. y augm., Ginebra, Georg, 1967, vol I, págs. 208 y 209; E. Sauvignon, *op. cit.*, pág. 80; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, vol. I, pág. 243.

dos que no son partes en un tratado determinado.

La opinión de que el tratado concertado con el tercero (es decir, el tratado por el que los Estados concedentes otorgan un trato de favor a un tercer Estado) es el origen de los derechos del beneficiario de la cláusula (el Estado que no es parte en el «tratado con el tercero») es contraria a la norma enunciada en el párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados. Como se explica en el párrafo 7 del comentario de la Comisión al artículo 32 del proyecto de 1966 (que, con cambios de redacción insignificantes, ha pasado a ser el artículo 36 de la Convención),

En el párrafo 1 se establece que una disposición de un tratado podrá dar origen a un derecho para un Estado que no sea parte en el tratado, con dos condiciones. En primer lugar, las partes deben tener la intención de que la disposición confiera el derecho, sea a un Estado determinado, sea a un grupo de Estados al que pertenezca, o a los Estados en general. La intención de conceder el derecho es de fundamental importancia, ya que únicamente cuando las partes tienen esa intención puede la disposición dar origen a un verdadero derecho, distinto de un simple beneficio⁷⁷.

Parece evidente que las partes en un «tratado con un tercero» no tienen tal intención. Pueden saber que su acuerdo quizás tenga efectos indirectos en virtud de la aplicación de la cláusula de nación más favorecida (en beneficio del Estado beneficiario de la cláusula), pero su propósito no es nunca conseguir ese efecto secundario. De ello se desprende que el derecho del Estado beneficiario a algún trato ventajoso no se basa en el tratado concertado entre el Estado concedente y el tercer Estado, y que la disposición del artículo 36 de la Convención de Viena no es aplicable a ese tratado. En consecuencia, el Estado beneficiario no puede basarse, para formular su reclamación contra el Estado concedente, más que en el tratado que contiene la cláusula⁷⁸.

9) Esta es la misma conclusión a que, mucho antes del Asunto de la Anglo-Iranian Oil Company, llegó Sibert, quien explicó la situación como sigue :

[...] on voit, en fin de compte, les effets d'un traité entre un Etat (Etat C) et l'un des stipulants de la clause (Etat A) profiter à l'autre Etat signataire de la clause, l'Etat B, lequel est un tiers vis-à-vis de A et de C. — N'y aurait-il pas là atteinte au principe d'après lequel les traités ne produisent leurs conséquences qu'entre parties contractantes ? — L'admettre constituerait une erreur grave. Appli-

quons l'hypothèse : si les avantages concédés à l'Etat C par l'un des stipulants de la clause, l'Etat A, sont étendus à l'autre bénéficiaire de cette clause, l'Etat B, ce n'est pas du tout parce que les volontés concordantes de l'Etat C et de l'Etat A ont entendu qu'il en fût ainsi. Les volontés concordantes de C et A se sont bornées à établir un certain régime valable pour les seuls rapports de C et de A. Par contre, vis-à-vis de l'Etat B et de l'Etat A, signataires de la clause, l'accord par lequel A a concédé à C certains avantages n'est rien de plus qu'un acte-condition. La survenance de cet acte-condition est l'élément — et n'est que l'élément — grâce auquel il pourra être donné efficacité aux volontés librement échangées entre les deux signataires de la clause, l'Etat A et l'Etat B [...]; si l'acte-condition se réalise la convention entre A et B sortira ses conséquences : B bénéficiera des faveurs accordées à C, mais uniquement parce que telle aura été la volonté commune de A et de B. L'accord entre A et C qui crée des obligations dans leurs rapports mutuels n'en crée pas dans les relations de A avec B⁷⁹.

[...] se ve, en definitiva, que los efectos de un tratado entre un Estado (Estado C) y uno de los estipulantes de la cláusula (Estado A) benefician al otro Estado signatario de la cláusula, el Estado B, que es un tercero respecto de A y de C. ¿No constituiría ello una violación del principio de que los tratados no surten efectos más que entre partes contratantes? Admitirlo sería un grave error. Apliquemos la hipótesis : si las ventajas concedidas al Estado C por uno de los estipulantes de la cláusula, el Estado A, se hacen extensivas al otro beneficiario de esa cláusula, el Estado B, no es en absoluto porque las voluntades concordantes de los Estados A y C decidieran hacerlo así. Las voluntades concordantes de C y de A se han limitado a establecer cierto régimen válido *exclusivamente* para las relaciones de C y de A. En cambio, respecto del Estado B y del Estado A, signatarios de la cláusula, el acuerdo por el que A ha concedido a C ciertas ventajas no es nada más que un *acto-condición*. La realización de ese acto-condición es el elemento —y solamente el elemento— gracias al cual se podrá dar eficacia a las voluntades libremente expresadas por los dos signatarios de la cláusula, el Estado A y el Estado B [...] Si se realiza el acto-condición, el convenio entre A y B surtirá efectos : B se beneficiará del trato de favor otorgado a C, pero únicamente porque tal habrá sido la voluntad común de A y de B. El acuerdo entre A y C, que crea obligaciones en sus relaciones mutuas, no las crea en las relaciones entre A y B.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

10) El Relator Especial, a quien se ha pedido que examine detenidamente ese punto⁸⁰, cree que las razones expuestas en el comentario justifican suficientemente su propuesta de que se apruebe el proyecto de artículo 5.

⁷⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II, pág. 251, documento A/6309/Rev.1, parte II, cap. II. [Subrayado por el Relator Especial.]

⁷⁸ E. Sauvignon, *op. cit.*, pág. 82.

⁷⁹ M. Sibert, *Traité de droit international public*, París, Dalloz, 1951, vol. II, págs. 254 y 255.

⁸⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1968*, vol. I, pág. 209, 976.ª sesión, párr. 12.