

# CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/266

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

*Proyecto de artículos y comentarios (continuación) \**

[*Texto original en inglés*]  
[7 de marzo de 1973]

## ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Abreviaturas</i> . . . . .	97
Artículo 6. Presunción del carácter incondicional de la cláusula . . . . .	97
Comentario. . . . .	97
Artículo 7. La regla <i>ejusdem generis</i> . . . . .	102
Comentario. . . . .	102
Artículo 8. Derechos adquiridos del Estado beneficiario . . . . .	108
Comentario. . . . .	108
<i>Anexo</i> . Resolución aprobada el 10 de septiembre de 1969 por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Edimburgo (4-13 de septiembre de 1969) . . . . .	117

## ABREVIATURAS

CEE	Comunidad Económica Europea
C.I.J.	Corte Internacional de Justicia
<i>C.I.J. Mémoires</i>	<i>CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

### *Artículo 6. — Presunción del carácter incondicional de la cláusula*

### COMENTARIO

Excepto cuando, en los casos adecuados, se concede el trato de la nación más favorecida con la condición de reciprocidad material, la cláusula de la nación más favorecida es incondicional, es decir, el Estado concedente está obligado a conceder y el Estado beneficiario tiene derecho a recibir el trato de la nación más favorecida ya sea que los favores conferidos por el Estado concedente a cualquier tercer Estado se otorgaren gratuitamente o mediante compensación.

1) Distintos especialistas han dado pruebas de gran pericia al clasificar los diversos tipos de cláusulas. Para los fines de este trabajo parece suficiente retener tres tipos básicos: la cláusula condicional, la cláusula incondicional, y, como variedad de la primera, la cláusula condicional con reciprocidad material.

a) *La forma incondicional y la forma condicional*

2) En lo que respecta al concepto y la historia de la cláusula « condicional » de la nación más favorecida, se remite al lector en primer término al documento de trabajo

\* El texto de los artículos 1 a 5 figura en el tercer informe.

sobre la cláusula de la nación más favorecida<sup>1</sup> y a los informes primero<sup>2</sup> y segundo<sup>3</sup> sobre el mismo tema, presentados por el Relator Especial. Las opiniones del Comité Económico de la Sociedad de las Naciones figuran en el anexo al primer informe<sup>4</sup>. En los párrafos siguientes figuran otras explicaciones.

3) La diferencia entre la cláusula incondicional y la forma condicional de la cláusula, tal como se aplicó en la práctica de los Estados Unidos de América hasta 1923, ha sido bien explicada por el Departamento de Estado en 1940:

En virtud de la cláusula de la nación más favorecida en un tratado o acuerdo bilateral relativo al comercio, cada una de las partes se compromete a hacer extensivas a las mercaderías del país de la otra parte un trato no menos favorable que el trato que concede a mercaderías similares provenientes de cualquier tercer país. La forma incondicional de la cláusula de la nación más favorecida dispone que todo favor, ventaja, privilegio o inmunidad que una de las partes pueda conceder a las mercaderías de cualquier tercer país se hará extensivo inmediata e incondicionalmente a mercaderías similares provenientes del país de la otra parte. Sólo en esta forma establece la cláusula un trato no discriminatorio completo y permanente. En virtud de la forma condicional de la cláusula, ninguna parte está obligada a hacer extensivas inmediata e incondicionalmente a los productos similares de la otra parte las ventajas que pueda conceder a productos de terceros países a cambio de concesiones recíprocas; está obligada a hacer extensivas esas ventajas solamente cuando la otra parte otorga concesiones «equivalentes» a las concesiones hechas por esos terceros países [...] <sup>5</sup>.

4) Instando al Senado a que aprobara un cambio en la política de los Estados Unidos en materia de comercio, el Secretario de Estado Hughes escribió en 1924:

El interés y objetivo fundamental de este país consistía en lograr la igualdad de trato, pero la cláusula condicional de nación más favorecida no producía en realidad una igualdad de trato y no podía garantizarla. Se limitaba a prometer una posibilidad de negociar ese trato. Además, la determinación de lo que podría constituir una compensación equivalente en la aplicación del principio condicional de la nación más favorecida resultaba difícil o impracticable. Los acuerdos comerciales recíprocos eran sólo expedientes temporarios; daban lugar a constantes negociaciones y creaban incertidumbre. En las condiciones actuales, el creciente comercio exterior de los Estados Unidos requiere una garantía de igualdad de trato que no puede suministrar la forma condicional de la cláusula de la nación más favorecida.

Mientras nosotros perseverábamos en aplicar la política de trato condicional de la nación más favorecida, los principales países comerciales de Europa y, en realidad, la mayoría de los países del mundo, adoptaban y aplicaban la política de trato incondicional de nación más favorecida: cada concesión que hacía un país a otro se generalizaba en favor de todos los países a los que el país estaba obligado por tratado a hacer extensivo el trato de la nación más favorecida [...]. Cuando nosotros tratamos de obtener de

otros países extranjeros compromisos en el sentido de que se abstendrán de practicar la discriminación, debemos estar dispuestos a asumir esos compromisos, y la historia ha demostrado que esos compromisos pueden resultar adecuados sólo en los términos del trato incondicional de la nación más favorecida<sup>6</sup>.

5) En términos simples, la cláusula condicional resultó útil para los Estados Unidos mientras fue importador neto y tuvo como objetivo primordial proteger el crecimiento de su sistema industrial. Cuando la posición de los Estados Unidos en la economía mundial cambió después de la primera guerra mundial, la cláusula condicional resultó inadecuada. La condición esencial para el éxito de la penetración en los mercados internacionales, que era la eliminación de la discriminación contra los productos estadounidenses, sólo podía conseguirse a través de la cláusula incondicional<sup>7</sup>.

6) No sólo pasaron la política comercial de los Estados Unidos y la práctica pertinente en materia de tratados del uso de cláusulas condicionales al de cláusulas incondicionales, sino que se modificó también la interpretación de las cláusulas condicionales restantes. En el momento de la formalización del Tratado de 1923 entre los Estados Unidos y Alemania, la posición estadounidense fue expresada por el Secretario de Estado Hughes en los términos siguientes:

Hay un error manifiesto que deseo rectificar. Puede aducirse que con las cláusulas de la nación más favorecida en el tratado que se negocia con Alemania haríamos extensivos automáticamente los privilegios concedidos a Alemania a otras Potencias sin obtener las ventajas que nos da el tratado con Alemania. Esto no es exacto. Damos a Alemania explícitamente el trato incondicional de la nación más favorecida que Alemania nos otorga. No damos el trato incondicional de la nación más favorecida a otras Potencias a menos que ellas estén dispuestas a celebrar con nosotros básicamente el mismo tratado que ha formalizado Alemania. El trato de la nación más favorecida se concedería a otras Potencias sólo en virtud de nuestros tratados con ellas, y estos tratados, tal como existen, no incluyen el trato incondicional de la nación más favorecida. No podemos concertar tratados con todas las Potencias al mismo tiempo, pero si el Senado aprueba el tratado que hemos celebrado con Alemania procuraremos negociar tratados similares con otras Potencias y esas otras Potencias no obtendrán un trato incondicional de la nación más favorecida a menos que formalicen con nosotros tratados similares al celebrado con Alemania<sup>8</sup>.

7) Sin embargo, diez años más tarde, el Secretario de Estado Hull adoptó la posición menos rígida de que la concesión de un beneficio a un país en virtud de una cláusula incondicional de la nación más favorecida equivale a otorgarlo libremente dentro de los términos de una cláusula condicional de la nación más favorecida, con el resultado de que el beneficio debe otorgarse inmediatamente y sin compensación de conformidad con la cláusula condicional. De acuerdo con esta interpretación, cuando en 1946 los Estados Unidos trataron de obtener

<sup>1</sup> *Anuario... 1968*, vol. II, págs. 162 y 163, documento A/CN.4/L.127, párrs. 9 y 10.

<sup>2</sup> *Anuario... 1969*, vol. II, págs. 169 y 170 y 171, documento A/CN.4/213, párrs. 25 a 27 y 84.

<sup>3</sup> *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 222 y 223, documento A/CN.4/228 y Add.1, párrs. 51 a 53.

<sup>4</sup> *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 184, documento A/CN.4/213, anexo I.

<sup>5</sup> Estados Unidos de América, Department of State, *Bulletin* N.º 58, 3 de agosto de 1940, citado en M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 14, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1970, pág. 751.

<sup>6</sup> G. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1943, pág. 273.

<sup>7</sup> 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. 243; y E. T. Usenko, capítulo sobre tratados comerciales en Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética [F. I. Kojevnikov et al., editores], *Kurs Mejdunarodnogo Prava*, vol. IV, Moscú, Nauka, 1968, pág. 251.

<sup>8</sup> M. Whiteman, *op. cit.* pág. 754.

renuncias a las cláusulas de la nación más favorecida en tratados existentes para conceder preferencias arancelarias sobre la base de reciprocidad a la mayor parte de los productos filipinos luego de la independencia de Filipinas, trataron de obtener esas renunciaciones de los países con los que los Estados Unidos tenían esas cláusulas condicionales así como de los países en que las cláusulas eran incondicionales<sup>9</sup>.

8) La cláusula condicional, tal como la aplicaron hasta 1923 los Estados Unidos, desapareció por completo del escenario internacional. Virally explica esto como sigue:

[...] la supresión del automatismo en la cláusula de la nación más favorecida, supuestamente para asegurar mejor la reciprocidad, no logra su objetivo y hace perder toda utilidad a la cláusula misma. Esta comprobación, así como la tendencia hacia la expansión del intercambio que caracteriza hoy en día la política comercial de todos los Estados, explican el abandono general de la cláusula condicional en la práctica convencional reciente<sup>10</sup>.

9) A causa de este abandono general, la forma condicional de la cláusula reviste actualmente tan sólo un interés histórico. Todas las fuentes disponibles coinciden en que esta forma de la cláusula ha caído definitivamente en desuso<sup>11</sup>.

#### b) *La cláusula y la reciprocidad*

10) Cuando se habla de reciprocidad en relación con la cláusula de la nación más favorecida debemos tener presente que normalmente las cláusulas de la nación más favorecida se conceden sobre una base de reciprocidad, es decir que ambas partes en un tratado bilateral o todas las partes en un tratado multilateral se conceden recíprocamente el trato de la nación más favorecida en una esfera definida de sus relaciones. Esta reciprocidad formal es una característica habitual de la cláusula incondicional de la nación más favorecida; puede decirse que es su componente esencial. Las cláusulas unilaterales de la nación más favorecida pueden verse en la actualidad sólo excepcionalmente<sup>12</sup>. Se incluyeron cláusulas unilaterales de la nación más favorecida, juntamente con una reciprocidad formal, en los Tratados de Paz que los Aliados y sus Potencias asociadas concertaron en 1947 con Bulgaria<sup>13</sup>, Hungría<sup>14</sup>, Rumania<sup>15</sup>, Finlandia<sup>16</sup>

<sup>9</sup> *Ibid.*, pág. 753.

<sup>10</sup> M. Virally, « Le principe de réciprocité en droit international contemporain », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967-III*, Leiden, Sijthoff, 1969, vol. 122, pág. 74.

<sup>11</sup> R. C. Snyder, *op. cit.*, pág. 56. Véase también G. Jaenicke, « Meistbegünstigungsklausel », en K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2.<sup>a</sup> ed. [Schlochauer], vol. II, Berlín, de Gruyter, 1961, pág. 498; P. Level, « Clause de la nation la plus favorisée », en *Encyclopédie Dalloz—Droit International*, París, Dalloz, 1968, vol. I, pág. 333, párr. 5; E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1972, pág. 23.

<sup>12</sup> Véase *Anuario... 1972*, vol. II, págs. 176 y 177, documento A/CN.4/257 y Add.1, párr. 7 del comentario a los artículos 2 y 3.

<sup>13</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 41, pág. 21.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pág. 135.

<sup>15</sup> *Ibid.*, vol. 42, pág. 3.

<sup>16</sup> *Ibid.*, vol. 48, pág. 203.

e Italia<sup>17</sup>. La misma cláusula se incluyó en el Tratado de Estado con Austria<sup>18</sup>. Una cláusula unilateral no se convierte en bilateral mediante la simple estipulación de una reciprocidad formal (como lo ha visto el Relator del Instituto de Derecho Internacional)<sup>19</sup>. Esto puede ilustrarse con la siguiente cita del artículo 33 del Tratado de Paz con Hungría:

[...] Hungría [...] concederá el siguiente trato a cada una de las Naciones Unidas que, en la práctica, concedan recíprocamente a Hungría un trato similar en cuestiones análogas:

a) En todo lo que concierna a aranceles y derechos sobre [...] se concederá a las Naciones Unidas el trato incondicional de la nación más favorecida; [...] <sup>20</sup>.

El significado de esta cláusula es claro: aunque el derecho de las Naciones Unidas a exigir el trato de la nación más favorecida estaba sujeto al ofrecimiento de reciprocidad, seguía siendo un derecho unilateral; la disposición no daba a Hungría el derecho a exigir el trato de la nación más favorecida.

#### c) *La cláusula unida a la reciprocidad material* (reciprocité trait pour trait)

11) Pese a que actualmente se puede considerar que la forma estadounidense de la cláusula de tipo condicional ha virtualmente desaparecido, aún existe la cláusula de la nación más favorecida subordinada a la condición de reciprocidad material. No obstante, cabe notar que la aplicación de esta forma de la cláusula se limita a esferas determinadas, como las inmunidades y funciones consulares, las cuestiones de derecho internacional privado y aquellos asuntos normalmente regulados en tratados de establecimiento.

12) En el 20.<sup>o</sup> período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional<sup>21</sup>, el Sr. Richard Kearney señaló que el cambio ocurrido a principios del decenio de 1920 en la política de los Estados Unidos de un trato condicional a un trato incondicional de la cláusula de la nación más favorecida con respecto a los asuntos comerciales no fue acompañado de un cambio en relación con los derechos y privilegios consulares con respecto a los cuales se continuó utilizando la cláusula de tipo condicional. Ilustra esta situación el siguiente pasaje de una carta de fecha 20 de enero de 1967 dirigida a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado por el Departamento de Estado con respecto a una disposición de la Convención consular con la URSS<sup>22</sup>, que a la sazón examinaba la Comisión relativa a la inmunidad en materia penal para los funcionarios consulares:

Actualmente existen 35 acuerdos en vigor entre otros Estados y los Estados Unidos con arreglo a los cuales este último se compromete a conceder el trato de nación más favorecida a los funcionarios consulares y, ocasionalmente, a los empleados consulares

<sup>17</sup> *Ibid.*, vol. 49, pág. 3.

<sup>18</sup> *Ibid.*, vol. 217, pág. 223.

<sup>19</sup> P. Pescatore, « La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1969*, Basilea, vol. 53, t. 1, pág. 204, nota 3.

<sup>20</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 41, pág. 205.

<sup>21</sup> *Anuario... 1968*, vol. I, pág. 209, 976.<sup>a</sup> sesión, párr. 8.

<sup>22</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 655, pág. 213.

de esos Estados. Se adjunta a esta carta una lista de estos 35 Estados. Según un estudio reciente, 27 de estos Estados tienen establecimientos consulares en los Estados Unidos con un total aproximado de 577 funcionarios habilitados. También se adjunta a esta carta una lista de estos Estados y un resumen en forma de cuadro del número de personal consular que cada uno de ellos tiene en los Estados Unidos. Para que se pudiera aplicar a ese personal la disposición sobre inmunidad penal prevista en el artículo 19 de la Convención sobre relaciones consulares entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, sería necesario que el Estado que envía consintiera en *dar un trato recíproco* a los funcionarios y empleados del consulado estadounidense destacados en ese país. Se pidió a nuestras Embajadas en esos 27 Estados que opinaran acerca de si, en el hecho, el trato de la nación más favorecida sería recíproco. Las respuestas indicaron que a lo sumo 11 Estados probablemente solicitarían ese trato para un total aproximado de 290 de sus funcionarios y empleados consulares destacados en los Estados Unidos<sup>23</sup>.

La disposición de la Convención consular con la URSS, de fecha 1.º de junio de 1964, que se examinaba era el inciso 2 del artículo 19, cuyo texto es el siguiente:

Los funcionarios consulares y los empleados del consulado que tengan la nacionalidad del Estado que envía, gozarán de inmunidad en relación con la jurisdicción penal del Estado receptor<sup>24</sup>.

13) No se ha podido efectuar una investigación detallada sobre los 35 acuerdos que se mencionan en la carta citada, en cuanto a las cláusulas de la nación más favorecida en esos tratados, o en cuanto a la redacción utilizada. No obstante, cabe suponer que la mayoría de ellas, si no todas, son de tipo condicional y subordinadas a la concesión de reciprocidad material (sea expresa o implícita). Resulta evidente que esta variedad de cláusula de tipo condicional no equivale exactamente a la forma tradicional de cláusula de tipo condicional de los Estados Unidos (« gratuitamente », « si la concesión es gratuita », etc.) y su supervivencia no se limita a los tratados concertados por los Estados Unidos<sup>25</sup> o a los tratados consulares. Ejemplos tales como la convención turco-húngara, de 20 de diciembre de 1926<sup>26</sup>, relativa a las condiciones de residencia, artículos 3, 4 y 11, y la Convención turco-finesa sobre comercio y navegación de 2 de junio de 1926<sup>27</sup>, artículos 2 y 10 de su capítulo I sobre condiciones de residencia y trabajo, figuran en un artículo de Suzanne Basdevant<sup>28</sup>.

14) Constituye un ejemplo más reciente de una disposición de esta índole el artículo 3 de la Convención sobre condiciones de residencia y navegación entre el Reino de Suecia y la República francesa, suscrita en París el 16 de febrero de 1954<sup>29</sup>, cuyo texto es el siguiente:

<sup>23</sup> M. Whiteman, *op. cit.*, págs. 752 y 753. [Subrayado del Relator Especial.]

<sup>24</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 655, pág. 213.

<sup>25</sup> *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 175, documento A/CN.4/213, párrs. 56 a 58.

<sup>26</sup> Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LXXII, pág. 245.

<sup>27</sup> *Ibid.*, vol. LXX, pág. 329.

<sup>28</sup> S. Basdevant, « Clause de la nation la plus favorisée », en A. G. de Lapradelle y J.-P. Niboyet, *Répertoire de droit international*, París, Sirey, 1929, vol. III, pág. 480.

<sup>29</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 228, pág. 137.

A reserva de la aplicación efectiva de la norma de reciprocidad, los nacionales de cada una de las Altas Partes Contratantes que residan en el territorio de la otra Parte Contratante tendrán derecho a dedicarse, en el territorio de la otra Parte Contratante, en las mismas condiciones que los nacionales de la nación más favorecida, al ejercicio de cualquier comercio o industria, así como al de cualquier arte o profesión, que no esté reservado a los nacionales<sup>30</sup>.

15) Otro ejemplo reciente puede encontrarse en la Convención Consular entre la República Popular Polaca y la República Federativa Socialista de Yugoslavia, suscrita en Belgrado el 17 de noviembre de 1958<sup>31</sup>, cuyo artículo 46 dice lo siguiente:

Cada una de las Partes Contratantes se compromete a conceder a la otra el trato de nación más favorecida en todas las cuestiones relativas a los privilegios, inmunidades, derechos y funciones de los cónsules y del personal consular. No obstante, ninguna de las Partes Contratantes podrá invocar la cláusula de la nación más favorecida para solicitar privilegios, inmunidades y derechos distintos o más amplios que los que conceda a su vez a los cónsules y al personal consular de la otra Parte Contratante<sup>32</sup>.

16) La cláusula subordinada a la condición de un trato materialmente recíproco puede considerarse una forma simplificada de la cláusula tradicional de tipo condicional<sup>33</sup>.

Según Alice Piot:

Este sistema parece más claro y más práctico que el anterior; en efecto, no se remite a la contraprestación del Estado favorecido, sino que tiende a una perfecta simetría de las prestaciones otorgadas por el Estado concedente y el Estado beneficiario de la cláusula. En resumen, trata de establecer una reciprocidad material, lo que implica una cierta simetría en las legislaciones. Como dice Niboyet: « Esta reciprocidad diplomática tiene, pues, una cabeza internacional, pero ambos pies son nacionales. Es un tríptico. »

...

Desde el punto de vista de la lógica pura, eso es bastante satisfactorio en teoría, pero no tanto en el hecho. En efecto, y sin mencionar las dificultades que plantea siempre la interpretación de la reciprocidad, este sistema presenta el inconveniente de reducir el beneficio, si alguno existe, de la cláusula de la nación más favorecida, sin suprimir los inconvenientes que dimanar de ella para el Estado concedente; sin duda el Estado beneficiario sólo puede invocar la cláusula a condición de ofrecer las mismas ventajas que reclama, pero el carácter unilateral de esto tendrá casi siempre como consecuencia que las prestaciones recíprocas, aunque formalmente equivalentes, serán materialmente muy distintas [...] <sup>34</sup>.

17) Sin duda, los redactores de cláusulas de la nación más favorecida subordinadas a la condición de reciprocidad no buscan igual trato para sus compatriotas en el extranjero que el que se concede a los nacionales de otros países. (La igualdad con los competidores es de suprema importancia en materia de comercio y especialmente en lo relativo a los gravámenes aduaneros.) Lo que les interesa es una forma distinta de igualdad; es el igual trato concedido por los Estados contratantes a los nacionales de uno y otro Estado. De ahí que Level opine que:

<sup>30</sup> *Ibid.*, pág. 140.

<sup>31</sup> *Ibid.*, vol. 432, pág. 267.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pág. 323.

<sup>33</sup> *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 175, documento A/CN.4/213, párr. 58.

<sup>34</sup> A. Piot, « La clause de la nation la plus favorisée », *Revue critique de droit international privé*, París, vol. 45, N.º 1, enero-marzo de 1956, págs. 9 y 10.

La cláusula de la nación más favorecida subordinada a la reciprocidad no parece ser un factor de unificación y simplificación de las relaciones internacionales, lo que hace perder a la cláusula los pocos méritos que antes se le atribuían<sup>35</sup>.

#### d) Doctrina

18) En el siglo pasado y en los primeros decenios del actual, la doctrina y la práctica internacionales se dividieron acerca de la interpretación de una cláusula de la nación más favorecida en la que no constara expresamente su carácter condicional o incondicional<sup>36</sup>. La causa de la división fue la entonces constante práctica de los Estados Unidos con arreglo a la cual se presumía que la cláusula era condicional incluso si su carácter no estaba expresamente indicado<sup>37</sup>. La posición estadounidense se retrotrae a 1817 cuando el Secretario de Estado Adams dijo:

El artículo octavo del tratado de cesión (la compra de Luisiana de 30 de abril de 1803) estipula que se dará a las naves de Francia el mismo trato de las naciones más favorecidas en los puertos del territorio objeto de la cesión; pero no dice, y no puede subentenderse que lo diga, que Francia debería disfrutar como concesión graciosa de lo que se otorgue a otras naciones a cambio de un trato totalmente análogo<sup>38</sup>.

19) La posición británica y del resto de Europa en esa época consistía en que la forma adecuada de solicitar concesiones en condiciones de reciprocidad era mediante una cláusula de la nación más favorecida. Con arreglo a esa opinión:

[...] El fundamento de la teoría estadounidense reside en el sistema anglosajón de los contratos y en la exigencia de reciprocidad de beneficios para la formación del contrato (contraprestación). Pero esta aplicación de la teoría no se justifica en este caso, pues la nación que ha adquirido el trato igualitario ha pagado por anticipado los derechos de terceros que pueda adquirir en esta forma, ya que ha concedido a la otra parte contratante el mismo trato igualitario y el derecho de recibir a su vez los beneficios de terceros [...] La búsqueda de «equivalentes» destinados a pagar por vía convencional los derechos de terceros, impuesta a los contratantes, equivale a declarar que en sí la cláusula de la nación más favorecida no concede absolutamente nada. Por último, desde el punto de vista aduanero, el sistema estadounidense llegó a un sistema preferencial basado en beneficios otorgados a ciertas naciones y rehusados a otras; los Estados que hayan reformado sus tarifas no tienen ya equivalentes que ofrecer<sup>39</sup>.

20) El Instituto de Derecho Internacional, en su resolución 1936 titulada «Efectos de la cláusula de la nación más favorecida en materia de comercio y de navegación», sostuvo que:

La cláusula de la nación más favorecida tiene, salvo disposiciones expresas en contrario, carácter incondicional.

En consecuencia, la cláusula confiere de pleno derecho y sin compensación, en materia de comercio y de navegación, a los nacionales, mercaderías y buques de los países contratantes el régimen de que disfrute todo país tercero<sup>40</sup>.

Otras fuentes sostienen esta norma en términos generales y no restringida a materias comerciales:

En caso de duda se debe interpretar la cláusula de la nación más favorecida como de tipo incondicional<sup>41</sup>.

No puede subentenderse la existencia de una condición que limite la aplicación de la cláusula<sup>42</sup>.

En principio, la cláusula es de tipo incondicional [...] aunque se autorice a las altas partes contratantes para estipular el carácter condicional de la cláusula, éste no se presume y, en consecuencia, no es de la esencia de la cláusula [...]<sup>43</sup>.

En ausencia de una mención expresa de que la cláusula sea condicional, hay acuerdo [...] para considerarla de tipo incondicional<sup>44</sup>.

En la práctica de los tratados comerciales de la Unión Soviética y otros países socialistas, se aplica siempre la cláusula de la nación más favorecida en su forma incondicional y de concesión graciosa. En muchos tratados esto se estipula expresamente, pero, incluso sin disposición expresa al efecto, se presume que la cláusula de la nación más favorecida concede el trato de nación más favorecida de tipo incondicional y sin compensación. Esto se desprende del hecho de que en los tratados en referencia no se prevé ninguna reserva relativa a compensación o contraprestación<sup>45</sup>.

En principio, se deben interpretar las cláusulas de la nación más favorecida como de tipo incondicional [...] las cláusulas tienen la misma característica aunque la palabra [incondicional] no figure expresamente<sup>46</sup>.

El mismo autor agrega:

Sin embargo, se debe restringir esta norma interpretativa con la excepción de que no puede aplicarse contra un país del cual se sepa que, como parte de su política nacional sobre tratados,

<sup>40</sup> *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/213, anexo II.

<sup>41</sup> P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, 2.<sup>a</sup> ed. rev. y aum., Ginebra, Georg, 1967, vol. I, pág. 211.

<sup>42</sup> P. Level, *op. cit.*, pág. 333, párr. 5, que cita el asunto de la North Atlantic Coast Fisheries, de fecha 7 de septiembre de 1910, ante el Tribunal Permanente de Arbitraje [véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 61.V.4), pág. 167], y J. Basdevant, «L'affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique», *Revue générale de droit international public*, París, t. XIX, 1912, págs. 538 y ss.

<sup>43</sup> P. Level, *op. cit.*, pág. 338, párr. 35.

<sup>44</sup> D. Vignes, «La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine», *Recueil des cours... 1970-II*, Leiden, Sijthoff, 1971, vol. 130, pág. 219, quien también cita en apoyo de esta opinión a D. P. O'Connell, *International Law*, Londres, Stevens, 1965, vol. I, pág. 268, y J. Dehaussy, *Juris-classeur de droit international—Les traités (Effets: Situation des Etats tiers et de leurs ressortissants)*, París, Editions techniques, 1959, vol. 5, pág. 7, párr. 15.

<sup>45</sup> Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, pág. 251.

<sup>46</sup> G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens, 1971, pág. 137, quien hace citas de *British and Foreign State Papers, 1885-1886*, vol. 77, Londres, Ridgway, 1893, pág. 796.

<sup>35</sup> P. Level, *op. cit.*, pág. 338, párr. 37.

<sup>36</sup> S. Basdevant, *loc. cit.*, pág. 479, párr. 73.

<sup>37</sup> Véase C. C. Hyde, «Concerning the interpretation of treaties», *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 3, N.º 1, enero de 1909, pág. 57.

<sup>38</sup> *Ibid.*, nota 16. Véase también S. Basdevant, *loc. cit.*, pág. 479, párr. 75, y *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 170, documento A/CN.4/213, párr. 27.

<sup>39</sup> S. Basdevant, *loc. cit.*, págs. 479 y 480, párr. 77, que cita, entre otros, a P. L. E. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain suivant les progrès de la science et la pratique contemporaines*, París, Pédone-Lauriel, 1888, vol. IV, pág. 394.

ha adoptado la cláusula de la nación más favorecida de tipo condicional<sup>47</sup>.

El representante de los Estados Unidos sostuvo al respecto una posición más equilibrada ante la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto relativo a los derechos de los súbditos de los Estados Unidos de América en Marruecos* (1952):

Los Estados Unidos están totalmente de acuerdo en que el significado de la cláusula debería ser determinado de acuerdo con la intención de las partes en aquel momento. La única diferencia que nos separa de nuestros distinguidos oponentes es que ellos querían interpretar la cláusula como condicional remitiéndose únicamente a la práctica de los Estados Unidos al interpretar otros tratados firmados en otras circunstancias, y no por lo que los Estados Unidos y Marruecos perseguían al firmar los tratados que son objeto de litigio ante esta Corte<sup>48</sup>.

También es pertinente el siguiente pasaje de un Memorando del Asesor del Departamento de Estado (Moore) de fecha 8 de octubre de 1913:

Cabe también referirse al hecho de que la denominada cláusula de la nación más favorecida no es invariable. Durante los últimos 25 años, los Estados Unidos se han visto obligados en dos ocasiones a renunciar a su interpretación, al encontrarse con prueba documental de que, durante la negociación de los tratados en referencia, se había reconocido expresamente la existencia de las cláusulas de nación más favorecida entonces en cuestión, y han aceptado que éstas tuvieran el efecto más amplio que sostenían las otras partes contratantes<sup>49</sup>.

21) La norma propuesta en el artículo 6 no se limita a estipular que la cláusula de la nación más favorecida es de tipo incondicional a menos que se exprese lo contrario. La redacción intenta dar cabida al hecho de que, debido a la completa desaparición de la cláusula tradicional de tipo condicional (la forma estadounidense), sólo existen dos formas de cláusula: la cláusula de tipo incondicional y la cláusula de tipo condicional subordinada a la reciprocidad material. La norma prevé que, en caso de duda, se debe presumir que la cláusula es de tipo incondicional. Se podría señalar expresamente que en materia de comercio y especialmente de gravámenes aduaneros y otros similares, la cláusula es siempre de tipo incondicional, mientras que, en cuestiones de derecho internacional privado, de inmunidades y otras análogas, se puede estipular la condición de reciprocidad, pero en ausencia de tal estipulación, la cláusula también en estos casos es de tipo incondicional. La Comisión puede preferir utilizar esta forma de redacción de la norma. La expresión «casos adecuados» que figura en el artículo se refiere a los casos de derecho internacional privado, *cautio iudicatum solvi*, inmunidades consulares, etc.

22) Se suscita el problema de si la presunción opera también en los casos en que el derecho interno de un país exige como norma la reciprocidad para ciertas materias. Así, el artículo 11 del Código Civil de Francia dispone lo siguiente:

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Réplica de 26 de julio de 1952 [C.I.J. *Mémoires, Affaire du Maroc (France c. E.U.A.)*, vol. II, pág. 318]. Para un texto más completo, véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 223, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 52.

<sup>49</sup> G. H. Hackworth, *op. cit.*, pág. 279.

El extranjero gozará en Francia de los mismos derechos civiles que concedan o vayan a conceder a los franceses los tratados de la nación de que sea súbdito ese extranjero<sup>50</sup>.

Basándose en este texto y en una jurisprudencia no uniforme de los tribunales franceses, Guggenheim concluye que:

Si una norma de derecho interno hace depender la aplicación de la cláusula de la concesión de reciprocidad, se debe considerar que la cláusula es de tipo condicional<sup>51</sup>.

Otras fuentes, como la resolución de 1936 del Instituto de Derecho Internacional (párr. 2)<sup>52</sup> y particularmente Sauvignon<sup>53</sup> sostienen que las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las obligaciones contraídas por un Estado en virtud de un tratado. Esta opinión es compartida por otros autores.

23) La condición de reciprocidad en una cláusula de la nación más favorecida puede entrañar serias cuestiones de interpretación, en particular si las normas pertinentes de los países interesados difieren considerablemente<sup>54</sup>. No obstante, esta dificultad intrínseca no afecta la validez de la norma.

#### Artículo 7. — La regla *ejusdem generis*

**El Estado beneficiario no podrá invocar, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, otros derechos que los relativos al objeto de la cláusula y los que estén comprendidos en el ámbito de la misma.**

#### COMENTARIO

1) La regla *ejusdem generis* es reconocida y afirmada en general por la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales y por la práctica diplomática. McNair explica la esencia de la regla de la forma gráfica siguiente:

Supongamos que una cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado comercial entre el Estado A y el Estado B dé derecho al Estado A a obtener del Estado B el trato que el Estado B conceda a cualquier otro Estado. Esta cláusula no daría derecho al Estado A a exigir al Estado B la extradición de un supuesto delincuente basándose en que el Estado B ha convenido en conceder la extradición de los supuestos delincuentes del mismo tipo al Estado C o si voluntariamente concede tal extradición. La razón de esto, que parece basarse en la intención común de las partes, reside en que la cláusula sólo opera respecto de la materia a que se referían los dos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado<sup>55</sup>.

Aunque el significado de la regla es claro, su aplicación no resulta siempre sencilla. La selección de casos que figura a continuación, tomada de la abundante práctica en la materia, puede aclarar las dificultades y soluciones del problema.

<sup>50</sup> *Code civil*, París, Dalloz, 1972-1973, pág. 13.

<sup>51</sup> P. Guggenheim, *op. cit.*, págs. 211 y 212.

<sup>52</sup> *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/213, anexo II.

<sup>53</sup> E. Sauvignon, *op. cit.*, pág. 25.

<sup>54</sup> H. Batiffol, *Droit international privé*, 4.<sup>a</sup> ed., París, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1967, págs. 213 y 214, N.º 188.

<sup>55</sup> A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 287.

2) En el *Asunto de la Anglo-Iranian Oil Company* (1952), la Corte Internacional de Justicia declaró lo siguiente:

El Reino Unido ha presentado también en forma totalmente diferente un argumento relativo a la cláusula de la nación más favorecida. Según este razonamiento, si Dinamarca puede plantear ante la Corte cuestiones relativas a la aplicación de su Tratado de 1934 con el Irán, pero el Reino Unido no puede plantear ante la Corte cuestiones relativas a la aplicación del mismo Tratado, a cuyos beneficios tiene derecho en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, el Reino Unido no recibe el trato de la nación más favorecida. Ahora bien, a la Corte le basta con observar que la cláusula de la nación más favorecida de los tratados de 1857 y 1903 concertados entre el Irán y el Reino Unido no guarda relación alguna con las cuestiones jurisdiccionales que se susciten entre los dos Gobiernos. Si Dinamarca tiene derecho, en virtud del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto, a someter a la Corte cualquiera controversia relativa a la aplicación de su Tratado con el Irán, ello obedece a que ese Tratado es posterior a la ratificación de la Declaración del Irán. Esto no puede suscitar ninguna cuestión relativa al trato de la nación más favorecida<sup>56</sup>.

3) Las conclusiones a que se llegó respecto de la aplicación de la regla en el *Asunto Ambatielos*<sup>57</sup> fueron mencionadas en el segundo informe del Relator Especial<sup>58</sup>. No obstante, parece procedente hacer una cita un poco más amplia de la parte pertinente del laudo de 6 de marzo de 1956 de la Comisión de Arbitraje.

Respecto de la interpretación del artículo X (cláusula de la nación más favorecida) del Tratado anglo-griego de 1886, la Comisión de Arbitraje declaró lo siguiente:

La Comisión no considera necesario expresar una opinión sobre la cuestión general de si la cláusula de la nación más favorecida nunca puede producir el efecto de que sus beneficiarios obtengan el trato que les corresponde según las normas generales de derecho internacional, ya que en el presente caso los efectos de la cláusula se limitan expresamente a «todo privilegio, favor o inmunidad, sea cual fuere, que una de las Partes Contratantes haya concedido ya o conceda en adelante a los súbditos o ciudadanos de cualquier otro Estado», trato que evidentemente no procedería si el único objeto de estas disposiciones fuese concederles el trato que les corresponda de conformidad con las normas generales de derecho internacional.

Por otra parte, la Comisión sostiene que la cláusula de la nación más favorecida *sólo puede aplicarse a cuestiones relativas al mismo objeto al que la propia cláusula se refiere*.

La Comisión opina que en el presente caso la aplicación de esta regla puede llevar a conclusiones diferentes de las expuestas por el Gobierno del Reino Unido.

Según el Tratado de 1886, en el campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida están incluidos «todos los asuntos relacionados con el comercio y la navegación». No parece que esta expresión tenga por sí sola un significado estrictamente definido. La variedad de disposiciones contenidas en los tratados de comercio y navegación prueba que en la práctica el significado dado a la misma es bastante flexible. Por ejemplo, se observará que la mayoría de estos tratados contienen disposiciones relativas a la administración de justicia. Esto sucede precisamente en el propio Tratado de 1886, cuyo párrafo 3 del artículo XV garantiza a los súbditos

de ambas partes contratantes «libre acceso a los tribunales de justicia para el ejercicio y la defensa de sus derechos». Esto sucede también en los demás tratados mencionados por el Gobierno griego respecto de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.

Es cierto que la «administración de justicia», si se la considera por separado, constituye una materia diferente de «el comercio y la navegación». Pero esto no sucede necesariamente si se la considera en relación con la protección de los derechos de los comerciantes, ya que la protección de los derechos de los comerciantes está comprendida naturalmente en las cuestiones reguladas en los tratados de comercio y navegación.

Por consiguiente, no puede decirse que la administración de justicia, en la medida en que se refiere a la protección de estos derechos, debe excluirse necesariamente del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida cuando ésta abarca «todos los asuntos relacionados con el comercio y la navegación». La cuestión sólo puede resolverse atendiendo a la intención de las partes contratantes según se deduzca de una interpretación razonable del tratado<sup>59</sup>.

Resumiendo sus opiniones respecto de la interpretación del artículo X del Tratado de 1886, la Comisión declaró lo siguiente:

1) Que el Tratado concertado el 1.º de agosto de 1911 por el Reino Unido y Bolivia no puede producir el efecto de incorporar en el Tratado anglo-griego de 1886 los «principios del derecho internacional», mediante la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida;

2) Que los efectos de la cláusula de la nación más favorecida contenidos en el artículo X de dicho Tratado de 1886 pueden extenderse al sistema de administración de justicia por lo que respecta a la protección por los tribunales de los derechos de las personas que se dedican al comercio y a la navegación;

3) Que ninguna de las disposiciones relativas a la administración de justicia contenidas en los tratados en que se basa el Gobierno griego pueden interpretarse en el sentido de que concedan a los beneficiarios de la cláusula de la nación más favorecida un sistema de «justicia», «derecho» y «equidad» distinto del establecido por el derecho interno del Estado correspondiente;

4) Que el objeto de dichas disposiciones concuerda con el artículo XV del Tratado anglo-griego de 1886 y que, en consecuencia, la única cuestión que se plantea es la de si dichas disposiciones incorporan «privilegios, favores o inmunidades» más amplios que los resultantes del mencionado artículo XV.

5) Que de la decisión resumida en el apartado 3 *supra* se desprende que el artículo X del Tratado no otorga a sus beneficiarios ninguna acción basada en el «enriquecimiento injusto» distinta de la prevista en el derecho interno del Estado.

[...] La Comisión opina que el «libre acceso a los tribunales de justicia» que concede a los nacionales griegos que se hallan en el Reino Unido el artículo XV del Tratado de 1886 comprende el pleno derecho a recurrir a los tribunales y a ejercer cualquiera de las acciones y garantías procesales previstas por el derecho interno para que les sea administrada justicia en pie de igualdad con los nacionales del país.

Por tanto, la Comisión opina que las disposiciones contenidas en otros tratados invocadas por el Gobierno griego no prevén ningún «privilegio, favor o inmunidad» más amplio que los resultantes del mencionado artículo XV, y que, en consecuencia, la cláusula de la nación más favorecida contenida en el artículo X no es aplicable a la presente controversia [...] <sup>60</sup>.

<sup>56</sup> *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, Fallo del 22 de julio de 1952: *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 110. En cuanto a los hechos y otros aspectos del caso véase *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 216 a 219, documento A/CN.4/228 y Add.1, párrs. 10 a 30.

<sup>57</sup> *Affaire Ambatielos (fond: obligation d'arbitrage)*, Fallo del 19 de mayo de 1953: *C.I.J. Recueil 1953*, pág. 10.

<sup>58</sup> *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 225 y 226, documento A/CN.4/228 y Add.1, párrs. 66 a 73.

<sup>59</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 63.V.3), págs. 106 y 107. [Subrayado del Relator Especial.]

<sup>60</sup> *Ibid.*, págs. 109 y 110.

4) Las decisiones de los tribunales nacionales también prueban el reconocimiento general de la regla *ejusdem generis*.

En un distante caso francés (1913), el Tribunal francés de casación tuvo que decidir sobre si ciertos requisitos procesales para entablar una demanda previstos en una Convención franco-suiza sobre la jurisdicción y ejecución de sentencias se aplicaba también a los nacionales alemanes en virtud de la cláusula de la nación más favorecida contenida en un Tratado comercial franco-germano firmado en Frankfurt el 10 de mayo de 1871. El Tratado franco-germano concedía el trato de la nación más favorecida en materia de relaciones comerciales, incluida « la admisión y el trato de los súbditos de las dos naciones ». La decisión del Tribunal se basó en parte en las proposiciones siguientes: que « estas disposiciones [del Tratado] se refieren exclusivamente a las relaciones comerciales entre Francia y Alemania, consideradas desde el punto de vista de los derechos establecidos por el derecho internacional, pero no afectan ni expresa ni tácitamente a los derechos establecidos por el derecho civil, especialmente a las normas que rigen la jurisdicción y el procedimiento aplicables a cualesquiera controversias que surjan en las relaciones comerciales entre los súbditos de los dos Estados » y que « la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida supone que el objeto del tratado que la incorpora es idéntico al objeto del tratado especialmente favorable cuyos beneficios se reclaman »<sup>61</sup>.

5) En el *Asunto Lloyds Bank contra De Ricqlès y De Gaillard* sometido al Tribunal Comercial del Sena, el Lloyds Bank, que actuaba como demandante y había recibido la orden de prestar fianza de arraigo en juicio (*cautio judicatum solvi*), invocó el artículo I de la Convención anglo-francesa de 28 de febrero de 1882<sup>62</sup>. Según su preámbulo, esta convención tenía por objeto « regular las relaciones comerciales y marítimas entre ambos países, así como la condición jurídica de sus súbditos », y el artículo I de la misma, con una excepción que no hace al caso, disponía lo siguiente:

[...] Cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete a conceder a la otra inmediata e incondicionalmente el goce de todo favor, inmunidad o privilegio en cuestiones de comercio o industria que una de ellas haya concedido o pueda conceder a un tercer país, cualquiera que sea, tanto dentro como fuera de Europa<sup>63</sup>.

Sobre la base de este artículo, el Lloyds Bank invocó el beneficio concedido en las disposiciones de un Tratado franco-suizo de 15 de junio de 1889, que daban a los nacionales suizos el derecho de entablar demandas en Francia sin estar obligados a prestar caución de arraigo en juicio. El Tribunal rechazó esta petición, declarando que una parte en una convención de carácter general tal como la Convención anglo-francesa en la que se

<sup>61</sup> M. Whiteman, (*op. cit.*, págs. 755 y 756) cita la sentencia de 22 de diciembre de 1913 del Tribunal de Casación francés en el caso *Braunkohlen Briket Verkaufsverein Gesellschaft c. Goffart, ès qualités*. Citado también por P. Level, *op. cit.*, pág. 338, párr. 38, y por H. Batiffol, *op. cit.*, pág. 216, N.º 189.

<sup>62</sup> *British and Foreign State Papers, 1881-1882*, vol. 73, Londres, Ridgway, 1889, pág. 22.

<sup>63</sup> *Ibid.*, págs. 23 y 24.

regulaban las relaciones comerciales y marítimas de los dos países no podía pedir, invocando la cláusula de la nación más favorecida, los beneficios concedidos por una convención especial, como era la Convención franco-suiza, que trataba solamente de un tema particular, a saber: la exención de la obligación de prestar caución de arraigo en juicio<sup>64</sup>.

6) Comparando estos dos fallos franceses, por una parte, y el laudo de la Comisión de Arbitraje en el *Asunto Ambatielos*, por otra, se observa que, si bien todos reconocen la regla *ejusdem generis*, existe una gran diferencia entre la interpretación amplia de la Comisión de Arbitraje y la interpretación estricta de los tribunales franceses. Esto plantea la cuestión de si en el proceso de codificación de la regla *ejusdem generis* no debe tratarse de proponer una regulación más detallada, especialmente respecto de la relación entre una cláusula bastante general (por ejemplo, aplicable a todas las cuestiones de comercio y navegación) y una reclamación especial (por ejemplo, aplicable a la administración de justicia o a la *cautio judicatum solvi*). Resolvemos provisionalmente esta cuestión de forma negativa y se propone una norma general dejando los detalles a la interpretación de cada tratado. Al redactar la cláusula de la nación más favorecida, siempre se afronta el dilema de hacerlo en términos demasiado generales, con el riesgo de que pierda su eficacia si se hace una interpretación estricta de la regla *ejusdem generis*, o bien de redactarla de forma demasiado explícita, enumerando sus esferas de aplicación, en cuyo caso se corre el riesgo de que la enumeración sea incompleta.

7) La regla *ejusdem generis* se aplica también en la práctica extrajudicial de los Estados como muestra el caso relativo al Convenio comercial de 25 de mayo de 1935 entre los Estados Unidos de América y Suecia<sup>65</sup>. El artículo I de dicho convenio disponía lo siguiente:

Suecia y los Estados Unidos de América se concederán recíprocamente el trato de la nación más favorecida incondicionalmente y sin restricciones en todas las materias relativas a los derechos y gravámenes aduaneros de todo tipo y en cuanto al procedimiento para recaudar tales derechos, así como en todas las cuestiones relativas a las normas, formalidades y gravámenes que se establezcan en relación con el paso de las mercaderías por las aduanas, y respecto de todas las leyes o reglamentos que afecten a la venta o al uso, dentro del país, de las mercancías importadas<sup>66</sup>.

En 1949 se pidió al Departamento de Estado que informase a la Administración de Alcoholes del Estado de Nueva York de que debía expedir a una determinada empresa importadora una licencia para vender cerveza sueca de importación en Nueva York. La Oficina del

<sup>64</sup> H. Lauterpacht, ed., *Annual Digest of Public International Law Cases, 1929-1930*, Londres, vol. 5, 1935, asunto N.º 252, pág. 404; *Journal du droit international*, París, 58.º año, 1931, pág. 1018, resumido por A. D. McNair, *op. cit.*, pág. 287. A.-Ch. Kiss cita otros casos presentados ante tribunales franceses basados en la regla *ejusdem generis* en la obra « La Convention européenne d'établissement et la clause de la nation la plus favorisée », *Annuaire français de droit international*, 1957, París, vol. III, pág. 478; para casos sometidos ante tribunales norteamericanos, véase G. H. Hackworth, *op. cit.*, págs. 292 y 293.

<sup>65</sup> Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXI pág. 109.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pág. 136.



Asesor Jurídico del Departamento de Estado interpretó las disposiciones del tratado antes mencionado de la forma siguiente:

Teniendo presente que la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Acuerdo del comercio recíproco entre los Estados Unidos y Suecia firmado en 1935 tiene por objeto solamente impedir la discriminación de las importaciones y exportaciones de Suecia frente a las importaciones y exportaciones de otros países, lamento que este Departamento no pueda enviar a la Administración de Alcoholes de Nueva York la carta que usted sugiere diciendo que el Acuerdo concede a los nacionales suecos el mismo trato que se concede a los nacionales de otros países.

Todos los países enumerados en el anexo a su carta (según la Administración de Alcoholes del Estado de Nueva York, los nacionales de estos países tienen derecho a obtener licencia para vender bebidas alcohólicas) han concertado tratados con los Estados Unidos que conceden derechos nacionales o derechos de la nación más favorecida a los nacionales de dichos países para dedicarse al comercio. Por tanto, la existencia de los acuerdos comerciales a que hace referencia en su carta junto con estos tratados no afecta al presente caso [...] <sup>67</sup>.

8) En los casos expuestos a continuación, la cuestión de la aplicación de la regla *ejusdem generis* se planteó en circunstancias extraordinarias. En el *Asunto « Nyugat »—Société Anonyme Maritime et Commerciale (Sociedad Suiza) contra el Reino de los Países Bajos*, los hechos eran los siguientes:

El 13 de abril de 1941, el buque *Nyugat* navegaba fuera de las aguas territoriales de las antiguas Indias Orientales holandesas. El buque navegaba bajo bandera húngara. El destructor de los Países Bajos *Kortenaar* detuvo este buque, lo registró y lo condujo a Surabaya, donde fue hundido en 1942. Los demandantes alegaron que lo que había sucedido al *Nyugat* era ilegal, ya que el buque era de propiedad suiza. Anteriormente había pertenecido a una compañía húngara, pero una sociedad suiza pasó a ser propietaria del buque en 1941, cuando ya poseía todas las acciones de dicha compañía húngara. La bandera húngara era bandera neutral. El demandado alegó en su defensa el hecho de que el 9 de abril de 1941 se habían roto las relaciones diplomáticas entre los Países Bajos y Hungría, y que el 11 de abril de 1941 Hungría, como país aliado de Alemania, había atacado a Yugoslavia, y, por consiguiente, con arreglo a ciertos reglamentos de los Países Bajos relativos a la cuestión, la captura del buque era legal. Los demandantes sostuvieron que tales reglamentos iban contra lo dispuesto en el Tratado de amistad, relaciones y comercio, concluido con Suiza en Berna el 19 de agosto de 1875 <sup>68</sup> y contra el Tratado de comercio concertado con Hungría el 9 de diciembre de 1924 <sup>69</sup> y concretamente contra la cláusula de la nación más favorecida contenida en estos tratados. Los demandantes invocaron el Tratado de amistad, navegación y comercio firmado el 1.º de mayo de 1829 con la República de Colombia que disponía lo siguiente: « si en algún tiempo desgraciadamente sucediere alguna interrupción en las

relaciones amistosas», los súbditos o ciudadanos de una de las partes contratantes residentes en los territorios de la otra « tendrán el privilegio de permanecer y continuar su tráfico allí [...] mientras se conduzcan pacíficamente y no cometan ofensa contra las leyes; y sus efectos y propiedades [...] no estarán sujetos a ocupación o secuestro » <sup>70</sup>.

El Tribunal resolvió lo siguiente:

Invocar esta disposición carece de fundamento, ya que es inaceptable que una ruptura de relaciones amistosas, como se entendían en el año 1829, pueda asimilarse a la ruptura de relaciones diplomáticas que se produjo en la segunda guerra mundial; en el presente caso la determinación de la bandera se basaba también en el hecho de que Hungría había asumido una actitud que iba contra los intereses del Reino de los Países Bajos al colaborar en el ataque germano contra Yugoslavia. Ciertamente este caso no cae dentro de las disposiciones del Tratado de 1829. De lo dicho se desprende que los propietarios del buque yerran al sostener que la Corte no debe aplicar los reglamentos mencionados por ir contra las disposiciones de un tratado internacional <sup>71</sup>.

9) La Comisión Permanente de Conciliación Italo-Suiza, prevista en el Tratado de Conciliación y Arreglo Judicial entre Italia y Suiza, concertado en 1924 <sup>72</sup>, conoció una controversia entre las dos partes relativa a la aplicación a los nacionales suizos de un impuesto italiano extraordinario sobre el patrimonio.

El Gobierno suizo impugnó la aplicación de este impuesto extraordinario a los bienes de nacionales suizos. Su alegación se basaba en la cláusula de la nación más favorecida consignada en el artículo 5 de la Convención consular y de establecimiento italo-suiza, de 22 de julio de 1868, que, según se adujo, obligaba a Italia a eximir del impuesto extraordinario a aquellos nacionales suizos pertenecientes a las mismas categorías que los nacionales de las Naciones Unidas exentos del impuesto en virtud del artículo 78, párrafo 6, del Tratado de Paz con Italia de 1947 <sup>73</sup>.

La parte pertinente del texto del artículo V del Tratado de 1868 dice lo siguiente:

Tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, no se impondrán ni se exigirán, en ninguna circunstancia, sobre los bienes de un nacional de uno de los dos Estados sitos en el territorio del otro, impuestos, gravámenes, contribuciones o cargas distintas o más onerosas que las que se impondrían o exigirían en relación con los mismos bienes si éstos pertenecieran a un nacional de ese Estado o un nacional a quien fuera aplicable la cláusula de la nación más favorecida. Se conviene asimismo en que no se cobrará ni exigirá a un nacional de uno de ambos Estados que se encuentre en el territorio del otro ningún impuesto distinto o más oneroso que el que se impondría o gravaría a un nacional de ese Estado o en virtud de la cláusula de la nación más favorecida <sup>74</sup>.

<sup>70</sup> *British and Foreign State Papers, 1829-1830*, Londres, Ridgway, 1832, pág. 902.

<sup>71</sup> Sentencia de 6 de marzo de 1959 del Tribunal Supremo de los Países Bajos (*Nederlandse Jurisprudentie 1962*, N.º 2, págs. 18 y 19) (texto original en holandés).

<sup>72</sup> Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XXXIII, pág. 91.

<sup>73</sup> Para la referencia, véase la nota 17 *supra*.

<sup>74</sup> *British and Foreign State Papers, 1867-1868*, vol. 58, Londres, Ridgway, 1873, pág. 1336.

<sup>67</sup> Dictamen del asesor jurídico Fisher, Departamento de Estado, 3 de noviembre de 1949, « MS. Department of State », citado por M. Whiteman, *op. cit.*, pág. 760.

<sup>68</sup> Países Bajos, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, N.º 137, 1878, Decreto de 19 de septiembre de 1878.

<sup>69</sup> *Ibid.*, N.º 36, 1926, Decreto de 3 de marzo de 1926.

El Gobierno italiano sostuvo que esta cláusula de la nación más favorecida, que como se observa contiene igualmente una promesa de trato nacional, no podía invocarse en ese sentido. Basaba su argumento en la intención común de las Partes en el momento de celebrarse la Convención de establecimiento de 1868, de regular relaciones normales pacíficas, sin que hubiere mediado la intención de aplicar la cláusula de la nación más favorecida en circunstancias de guerra ni a los tratados de paz subsiguientes. También se alegó que un tratado de paz pertenecía a una categoría especial y se asemejaba más a una solución impuesta que a un acuerdo contractual.

La Comisión decidió el 9 de octubre de 1956 rechazar la demanda de Suiza. A continuación se reproducen algunos pasajes de su dictamen:

[...] Dada la circunstancia de que las condiciones del Tratado de Paz le fueron impuestas a Italia y de que la determinación de estas condiciones no fue objeto de negociaciones libres entre las Partes en el Tratado, se ha deducido [por la Parte italiana] que la exención de los nacionales de las Potencias aliadas se basa en meras decisiones unilaterales de esas Potencias. Por consiguiente, la Parte italiana ha alegado que la ventaja no contractual resultante para estos nacionales debe considerarse fuera del alcance de la cláusula de la nación más favorecida. La Comisión no comparte esta opinión. Aunque pueda haber mediado un elemento coercitivo, la voluntad del Estado vencido se incorpora, sin embargo, a un Tratado de Paz en todas y cada una de las cláusulas en él contenidas. Si no fuera así, habría que denegar el carácter mismo de tratado a cualquier tratado de paz que pusiera término a una guerra victoriosa.

...  
A fin de extender la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a las disposiciones del artículo 78, párrafo 6, del Tratado de Paz de París de 10 de febrero de 1947, se ha confiado [por la Parte suiza] en el carácter absoluto del artículo 5 de la Convención de establecimiento de 22 de julio de 1868: «Tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra no se impondrán ni se exigirán, en ninguna circunstancia [...]». Se reconoce que la primera fórmula («Tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra») tiene un significado puramente temporal. La segunda («en ninguna circunstancia») no puede en sí atribuir a la cláusula una función extravagante que estaría en contradicción con su función bien conocida en la vida internacional, es decir, la función de asegurar la igualdad de trato a los nacionales de distintos Estados en relaciones jurídicas normales. De este modo, la extensión pretendida en este caso sobre la base de la cláusula de la nación más favorecida tendría el efecto de extender la desigualdad excepcional prevista en el artículo 78 del Tratado de 10 de febrero de 1947 [...].

...  
[...] las relaciones que motivaron el Tratado de 10 de febrero de 1947, entre Italia y las Potencias aliadas, fueron relaciones de beligerancia y posbeligerancia, entre vencedor y vencido, siendo esta circunstancia la única justificación de la exención del impuesto extraordinario sobre el patrimonio contenida en el artículo 78, párrafo 6, de este Tratado de Paz. La ausencia de relaciones similares entre Italia y Suiza excluye la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en beneficio de esta última.

...  
Tampoco tiene mucha importancia que la cláusula del artículo 5 de la Convención de establecimiento Italo-Suiza de 1868 se refiera fundamentalmente a los mismos impuestos y gravámenes que aquellos en relación con los cuales el artículo 78, párrafo 6, del Tratado de 10 de febrero de 1947 ha previsto la exención a favor de los nacionales de las Potencias aliadas. En efecto, una identidad similar permitiría a Suiza invocar el beneficio de la cláusula si la exención de gravámenes fiscales semejantes concedidos por Italia en beneficio de nacionales de terceros Estados tendiera a

favorecer relaciones económicas del mismo género que las que existen entre Suiza e Italia<sup>75</sup>.

La Comisión, que «ha intentado llegar a un arreglo equitativo de la controversia» a la vez que rechazó la reclamación de Suiza basada en la cláusula de la nación más favorecida, declaró que Suiza tenía derecho al trato nacional en virtud de los términos de la cláusula del Tratado de 1868 mencionado *supra*. De este modo, parecería que el Gobierno suizo demandante hubiera casi conseguido su objetivo original; aunque las sociedades suizas no han conseguido la exención completa del impuesto extraordinario de que se trata, lograron un trato igual al de las sociedades italianas que satisfacen un impuesto que varía entre el 2 y el 4%, en vez de ser asimiladas a las otras sociedades extranjeras sujetas a un impuesto de una tasa máxima del 15% del total de su capital invertido en Italia. Con estos antecedentes Suiza aceptó la propuesta de la Comisión de Conciliación y accedió al arreglo de la controversia. Cabe señalar igualmente que de conformidad con el tratado en el que la Comisión basó sus decisiones,

La tarea de la Comisión Permanente de Conciliación es fomentar el arreglo de controversias mediante un examen imparcial y minucioso de los hechos y la formulación de propuestas con miras a resolver el caso<sup>76</sup>,

y que

[...] el informe de la Comisión no tendrá el carácter de un laudo, ni en relación con los presupuestos de hecho ni con las consideraciones jurídicas<sup>77</sup>.

10) Según McNair, tiene cierto fundamento la opinión de que los derechos y privilegios obtenidos durante un arreglo territorial y político o un tratado de paz no pueden alegarse en virtud de una cláusula de nación más favorecida. En su opinión, la razón estriba probablemente en que tales concesiones no son comerciales, mientras que la cláusula de la nación más favorecida se aplica usualmente a fines de comercio<sup>78</sup>. Cita en apoyo de esta tesis la opinión de un asesor jurídico de la Corona emitida en 1851, mediante la que se denegaba a Portugal y a los súbditos portugueses el derecho a poner a secar en la costa de Terranova el bacalao capturado en los bancos adyacentes. La demanda se basaba en una cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado de 1842 entre Gran Bretaña y Portugal, encaminado a obtener los mismos privilegios que Gran Bretaña concedía a Francia y a los Estados Unidos de América en los tratados de 1783. Estos últimos formaban parte de un acuerdo general concertado al término de una guerra. El asesor jurídico de la Corona declaró:

[...] Opino que la estipulación del artículo 4 del Tratado de 1842 no puede considerarse justamente aplicable al permiso que

<sup>75</sup> Commissione permanente di conciliazione fra la Repubblica italiana e la Confederazione svizzera, *Atti relativi alla vertenza per l'applicazione ai cittadini svizzeri dell'imposta straordinaria italiana sul patrimonio*, Roma, Tipografia riservata del Ministero degli affari esteri, 1960, págs. 185 a 187.

<sup>76</sup> Tratado de Conciliación y Arreglo Judicial entre Italia y Suiza, firmado en Roma el 20 de septiembre de 1924 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XXXIII, pág. 94), artículo 5.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pág. 96 (artículo 12).

<sup>78</sup> A. D. McNair, *op. cit.*, pág. 302.

[el Encargado de Negocios portugués] reclama en nombre de los súbditos portugueses.

Considero que estos privilegios se concedieron a Francia y a los Estados Unidos de América como parte de un arreglo territorial político *obtenido por fuerza* de Gran Bretaña al término de una guerra que estas naciones habían concluido victoriosamente contra ella <sup>79</sup>.

11) Ningún escritor negaría la validez de la norma *ejusdem generis* que deriva de la naturaleza misma de la cláusula de la nación más favorecida. Se admite generalmente que la cláusula que confiere los derechos de nación más favorecida respecto de un determinado asunto, o tipo de asunto, sólo puede entrañar la aplicación de derechos otorgados por otros tratados (o actos unilaterales) respecto de ese mismo asunto o tipo de asunto <sup>80</sup>.

12) El efecto del mecanismo de la nación más favorecida consiste en hacer valer las disposiciones de un tratado por medio de las de otro. A menos que este procedimiento se limite estrictamente a casos en que existe una gran identidad entre la materia objeto de los dos conjuntos de cláusulas en juego, puede suceder en alguna ocasión que se impongan al Estado concedente obligaciones que nunca tuvo la intención de asumir <sup>81</sup>. De este modo, la norma se desprende claramente del principio de soberanía e independencia de los Estados. No pueden considerarse ligados por obligaciones que nunca asumieron expresamente.

13) Una teoría completamente nueva ha sido formulada por un distinguido magistrado de la Corte de Justicia de las comunidades europeas, Sr. Pierre Pescatore, en el curso de sus estudios realizados para el Instituto de Derecho Internacional. Su razonamiento es el siguiente:

Originalmente, la norma *ejusdem generis* surgió para expresar la exigencia de una identidad o, por lo menos, de una similitud del objeto de las ventajas que deben concederse en virtud de la cláusula. Es éste el sentido de la norma en las disposiciones del GATT, cuyo artículo I prevé la extensión de las reducciones arancelarias a todo « producto similar ».

Pero no termina aquí esta exigencia. Es preciso que la relación de similitud exista igualmente en cuanto a la naturaleza de la medida cuya extensión se reivindica en aplicación de la cláusula e incluso en lo tocante al condicionamiento jurídico de esta medida, es decir, el marco en que ella interviene.

Así, según indicamos anteriormente, un Estado no puede, en virtud de la cláusula—cuya naturaleza es asegurar el trato de extranjero más favorable—reivindicar el beneficio de trato nacional. La cláusula de trato nacional, como hemos dicho, tiene intrínsecamente un alcance distinto al de la cláusula de la nación más favorecida; no es, pues, *ejusdem generis* en relación con esta última y, por consiguiente, su beneficio no puede adquirirse por intermedio de la cláusula de la nación más favorecida.

En cuanto al « condicionamiento jurídico », en el número 133 del informe provisional se ofrece un ejemplo extraído de la práctica arbitral [éste es el caso tratado por la Comisión de Conciliación Suizo-Italiana] que muestra que la cláusula de la nación más favorecida insertada en un tratado de establecimiento no puede garantizar el beneficio de las ventajas concedidas en virtud de un tratado de naturaleza muy distinta, por ejemplo, un tratado de paz. De lo que se trata aquí no es de la naturaleza intrínseca de la cláusula sino del contexto jurídico; el beneficio de la cláusula

no puede ir más allá del objeto mismo del tratado en el que se encuentra incorporada. Ahora bien, para limitarnos al ejemplo dado, un tratado de paz persigue una finalidad profundamente distinta de la de un tratado de establecimiento. Se ha transpuesto el argumento a la cuestión del efecto de la cláusula de la nación más favorecida encuadrada en un tratado comercial, con respecto a las ventajas concedidas en el marco de un sistema de integración económica. En opinión del Relator no existe, en efecto, ninguna medida común entre un tratado destinado simplemente a facilitar el comercio internacional y el objetivo mucho más ambicioso y más fundamental de un tratado de integración económica en forma de zona de libre cambio, de unión aduanera o de unión económica. Se ha concluido, pues, que la cláusula de la nación más favorecida « comercial » es inoperante en relación con las ventajas concedidas en el ámbito de un sistema de integración.

Se comprende entonces la importancia capital de la norma *ejusdem generis*, tanto para el Estado que concede la cláusula de la nación más favorecida como para los Estados que se benefician de ella. Es, en efecto, esta norma la que indica al primero la medida exacta de sus compromisos y, a los segundos, los límites de las pretensiones que pueden legítimamente hacer valer.

En resumen, digamos que la cláusula sólo puede producir su efecto bajo la triple condición de que simultáneamente exista, con respecto a la ventaja reivindicada en virtud de la cláusula:

Identidad o, al menos, similitud de objeto;

Identidad de naturaleza entre la norma de referencia prevista en la cláusula y la ventaja concedida; y, finalmente,

Identidad entre el condicionamiento jurídico de la cláusula y el contexto en el que se reivindica la ventaja.

Sin duda, mediante un estudio profundo de la norma *ejusdem generis* se podrá determinar de modo más preciso el alcance de la cláusula y, de este modo, eliminar algunas divergencias que se manifiestan en relación con la cuestión de su efecto <sup>82</sup>.

14) El Relator Especial no puede suscribir este parecer. No se apoya en la teoría ni en la práctica. Se basa en un solo precedente (el caso suizo-italiano, al que el Relator Especial añade el caso portugués-inglés) y constituye una generalización indebida de dos ejemplos aislados. Las conclusiones de la Comisión de Conciliación y las del Sr. Pescatore son acertadamente criticadas por Sauvignon del modo siguiente:

El inconveniente del razonamiento de la Comisión y del Relator del Instituto de Derecho Internacional es que consiguen transformar una cláusula incondicional en una cláusula condicional: ésta sólo producirá sus efectos a condición de que el trato más favorable sea de cierta naturaleza y de que las relaciones concedente-favorecido y concedente-beneficiario sean idénticas o equivalentes, lo que, por otra parte, puede ser muy difícil de apreciar <sup>83</sup>.

El mismo escritor concluye que:

[...] en el asunto examinado por la Comisión la solución jurídica parece residir en la referencia a una costumbre que descarta las convenciones de índole política del ámbito de aplicación de la cláusula <sup>84</sup>.

Sin embargo, esta conclusión sólo está apoyada por una referencia al caso anglo-portugués y a las observaciones de McNair citadas *supra* <sup>85</sup>. Resulta obvio que dos casos no prueban la existencia de una costumbre obligatoria. Y aun así, ¿cuáles son las conclusiones que podrían extraerse de estos casos? Si aceptamos la norma establecida en el artículo 5 de que la fuente de los derechos

<sup>79</sup> *Ibid.*, pág. 303. [Subrayado del Relator Especial.]

<sup>80</sup> Véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 225, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 68.

<sup>81</sup> *Ibid.*, pág. 226, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 72.

<sup>82</sup> P. Pescatore, *loc. cit.*, págs 207 a 209.

<sup>83</sup> E. Sauvignon, *op. cit.*, págs. 73 y 74.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Véase *supra* el párrafo 10.

del beneficiario (y de las obligaciones correspondientes del Estado concedente) es el tratado que contiene la cláusula, entonces ahí tenemos que buscar la solución del caso italo-suizo. La cláusula contiene la promesa del Estado concedente de otorgar al Estado beneficiario el mismo trato que concede (libremente, por supuesto) a cualquier otro Estado. Promete no discriminar entre los Estados en detrimento del beneficiario de la cláusula. Sin embargo, la demanda de Suiza propendía a la extensión de la cláusula de la nación más favorecida al trato que el Estado concedente estaba obligado a otorgar sobre la base de un tratado de paz que, según la expresión del asesor jurídico de la Corona en 1851, le fue impuesto por otros Estados. La parte italiana mencionó en sus alegaciones que el Tratado de Paz le fue impuesto a Italia. La Comisión de Conciliación rechazó este argumento. « Aunque pueda haber intervenido un elemento coercitivo »<sup>86</sup>—declaró la Comisión—, el Tratado de Paz también es un tratado concertado libremente por el Estado demandado (*jamenetsi coactus voluit, attamen voluit*). Es efectivamente cierto que el Tratado de Paz de 1947 es un tratado obligatorio, con un elemento de compulsión. Este elemento no basta para invalidar el tratado, pero es el factor que hace que las ventajas que concede a los aliados no sean transferibles a Suiza. La cláusula de nación más favorecida prometía a Suiza igualdad de trato en la esfera de aplicación de la cláusula, siempre que el Estado concedente otorgara libremente a los otros Estados ventajas, movido por sus propias consideraciones políticas. Sin embargo, los miembros de la Comisión de Conciliación declararon que, por razones de equidad, la promesa no debía extenderse a las ventajas concedidas en virtud de circunstancias especiales en las que la concesión de Italia se basaba en un tratado en el que figuraba un elemento de compulsión. La decisión de la Comisión Permanente de Conciliación italo-suiza, si no se tratara de un caso aislado apoyado solamente por otro único ejemplo, tal vez permitiera deducir que la cláusula de la nación más favorecida ordinariamente no hace que se apliquen las ventajas estipuladas en un tratado de paz. Sin embargo, generalizar que para aplicar una cláusula de la nación más favorecida, además de la identidad o similitud de la materia, es igualmente necesaria la identidad de la relación entre el Estado concedente y el beneficiario con la relación entre el Estado concedente y el tercer Estado, no es una profundización de la norma *ejusdem generis*, sino una ampliación a límites inaceptables.

15) La esencia de la norma es que el beneficiario de una cláusula de la nación más favorecida no puede reclamar al Estado concedente ventajas de otro género que las estipuladas en la cláusula. En resumidas cuentas, si la cláusula de la nación más favorecida promete el trato de nación más favorecida solamente en lo relacionado con el pescado, tal trato no puede reclamarse para la carne en virtud de la misma cláusula<sup>87</sup>. El Estado con-

cedente no puede evadir sus obligaciones, a menos que así lo disponga una reserva expresa, alegando que las relaciones entre él y el tercer país son más amistosas o « no similares » a las que existen entre él y el beneficiario (como en la decisión de la Comisión de Conciliación Suizo-Italiana). Solamente la materia objeto de la cláusula debe pertenecer a la misma categoría, el *idem genus*, y no la *relación* entre el Estado concedente y el tercer Estado, por una parte, y la relación entre el Estado concedente y el Estado beneficiario, por la otra. Es igualmente impropio decir que el *tratado* que contiene la cláusula debe ser de la misma categoría (*ejusdem generis*) que aquel cuyos beneficios se reclaman en virtud de la cláusula<sup>88</sup>. Sostener la opinión contraria disminuiría seriamente el valor de una cláusula de la nación más favorecida.

16) La cuestión del efecto de las cláusulas de la nación más favorecida sobre las ventajas concedidas por tratados multilaterales (entre otros los « tratados de integración ») y sobre las ventajas concedidas como « trato nacional », temas éstos aludidos en el pasaje del Sr. Pescatore citado<sup>89</sup>, se discutirá más tarde.

#### Artículo 8. — Derechos adquiridos del Estado beneficiario

**Un acuerdo celebrado entre el Estado concedente y uno o más terceros Estados, por el que se limiten determinados beneficios a sus relaciones recíprocas, no afecta los derechos del Estado beneficiario con respecto al Estado concedente derivados de una cláusula de la nación más favorecida, a menos que el Estado beneficiario consienta expresamente por escrito en la restricción de su derecho.**

#### COMENTARIO

1) Si el Estado A concede el trato de nación más favorecida al Estado B (y, en caso de un tratado multilateral, también a los Estados B1, B2, B3 ... Bx), está obligado a extender al Estado B (B1, B2, B3 ... Bx) todos los favores que otorga a cualquier otro Estado: al Estado C en un acuerdo bilateral (o a los Estados C1, C2, C3 ... Cx en un acuerdo multilateral). Si los Estados A y C (C1, C2, C3 ... Cx) convienen en otorgarse recíprocamente ventajas especiales pero las rehúsan a otros, tal acuerdo no puede afectar el derecho de B (B1, B2, B3 ... Bx) de reivindicar de A los favores concedidos a C (C1, C2, C3 ... Cx).

(Anuario... 1969, vol. II, pág. 184, documento A/CN.4/213, anexo I) y los artículos I, II y XIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 55, págs. 97 a 201, 205 a 209 y 235 a 239; *ibid.* vol. 62, págs. 83 a 87 y 91; *ibid.* vol. 138, pág. 337). Se intensifican los esfuerzos por facilitar la identificación y comparación de productos mediante el establecimiento de normas uniformes al respecto: Consejo de Cooperación Aduanera, establecido por la Convención de Bruselas de 15 de diciembre de 1950 (*ibid.*, vol. 157, pág. 129); y Convención sobre la nomenclatura para la clasificación de las mercaderías en relación con los aranceles aduaneros de 15 de diciembre de 1950 (*ibid.*, vol. 347, pág. 127).

<sup>86</sup> D. Vignes, *op. cit.*, pág. 282.

<sup>89</sup> Véase *supra* el párrafo 13.

<sup>86</sup> H. Lauterpacht, ed., *International Law Reports*, Londres, vol. 25, 1958, pág. 317.

<sup>87</sup> Para el problema de « productos análogos », véase el pasaje pertinente de las conclusiones del Comité Económico de la Sociedad de las Naciones sobre la cláusula de la nación más favorecida que figura como anexo al primer informe del Relator Especial

2) La norma deriva claramente de la regla general respecto de los terceros Estados de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados<sup>90</sup> (artículos 34 y 35), así como de la naturaleza de la propia cláusula de la nación más favorecida. Sin embargo, el enunciado de la norma está garantizado por el hecho de que existen algunos acuerdos que en forma más o menos clara tienden a un resultado del carácter mencionado en el artículo, pese a las dudas acerca del efecto de esos acuerdos sobre el derecho de terceros, beneficiarios de una cláusula de la nación más favorecida. Tales acuerdos pueden adoptar la forma de disposiciones de tratado (« *clauses réservées* » en francés) o intencionalmente estar implícitos en determinados tratados multilaterales.

3) La norma propuesta en el artículo se aplica a las cláusulas de la nación más favorecida independientemente de si pertenecen a un tipo incondicional o adoptan la forma de una cláusula condicional sujeta a reciprocidad material<sup>91</sup>. La norma ha sido enunciada en el párrafo 2 de la resolución aprobada en 1936 por el Instituto de Derecho Internacional en su 40.º período de sesiones, en la forma siguiente:

Este régimen de igualdad incondicional [establecido por la aplicación de una cláusula de nación más favorecida de tipo incondicional] no será afectado por las disposiciones contrarias del derecho interno o de las convenciones que rigen las relaciones con terceros Estados<sup>92</sup>.

a) *La « clause réservée »*

4) En el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones se examinó la cuestión, originalmente planteada en la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra a fin de redactar el Convenio internacional para la abolición de las prohibiciones y restricciones a la importación y exportación, de si los Estados que no fueran partes en el Convenio propuesto podrían reivindicar, en virtud de acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida, el disfrute de las ventajas que se hubieran otorgado recíprocamente los signatarios del Convenio internacional. En la Conferencia,

Sin embargo, pronto se comprendió que la cuestión no podría resolverse en el instrumento, el cual no podría afectar el contenido de los acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida.

En el Comité Económico se propuso la inclusión de una disposición en el Convenio con el objeto de limitar las estipulaciones del mismo a las partes contratantes<sup>93</sup>.

5) El párrafo 1 del artículo 6 de la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la inmunidad de los buques de propiedad de los Estados, firmada en Bruselas el 10 de abril de 1926, dice así:

Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en cada Estado contratante con la reserva de que sus beneficios no pueden extenderse a los Estados no contratantes y a sus nacionales, y de que su aplicación puede estar sujeta a la condición de reciprocidad<sup>94</sup>.

Con respecto a esa norma, Vignes observó lo siguiente:

Una estipulación de ese carácter presenta el inconveniente de no desligar a los Estados contratantes de las obligaciones que para ellos dimanar de cláusulas anteriores, de ser con respecto a los signatarios de éstas *res inter alios acta*, y de colocar por consiguiente a los autores en la situación potencial de transgresión de la cláusula<sup>95</sup>.

La referencia que figura en la cláusula a la reciprocidad no subsana su debilidad intrínseca, porque las obligaciones incondicionales no pueden transformarse en condicionales sin el consentimiento de los respectivos beneficiarios.

6) Una versión algo más moderada de la cláusula ha sido incluida en la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a las obligaciones e hipotecas marítimas, firmada en Bruselas también el 10 de abril de 1926<sup>96</sup>. El artículo 14 de la Convención dice lo siguiente:

Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en cada Estado contratante en los casos en que el buque con el que se relaciona la demanda pertenezca a un Estado contratante, así como en todos los otros casos establecidos por el derecho interno.

Sin embargo, el principio formulado en el párrafo precedente no afecta el derecho de los Estados contratantes de no aplicar las disposiciones de esta Convención a favor de los nacionales de un Estado no contratante.

7) El párrafo 4 del artículo 98 de la Carta de La Habana, de 24 de marzo de 1948, firmada con la intención de crear la Organización Internacional de Comercio, dice así:

Nada de lo contenido en la presente Carta se interpretará en el sentido de que se obligue a un miembro a otorgar a países que no sean miembros un tratamiento tan favorable como el que otorga a los países Miembros conforme a las disposiciones de la Carta. El hecho de no otorgar tal tratamiento no será considerado incompatible con la letra o el espíritu de la Carta<sup>97</sup>.

La naturaleza de esta disposición, que no es una *clause réservée* en el sentido más estricto de la expresión, y la crítica formulada en el Consejo Económico y Social por el representante de la Unión Soviética fueron estudiados en el segundo informe del Relator Especial<sup>98</sup>. La disposición no ha sido incluida en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

8) Los redactores del Tratado por el que se establece la Comunidad Europea del Carbón y del Acero<sup>99</sup> no han adoptado una *clause réservée*; sin embargo, han insertado

<sup>90</sup> *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.

<sup>91</sup> Véase *supra* el artículo 6 y el comentario correspondiente.

<sup>92</sup> *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/213, anexo II.

<sup>93</sup> *Ibid.*, pág. 189, documento A/CN.4/213, anexo I, bajo el título «Relaciones entre los acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida y las convenciones económicas multilaterales».

<sup>94</sup> Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, pág. 199.

<sup>95</sup> D. Vignes, *op. cit.*, pág. 291.

<sup>96</sup> Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXX, pág. 209.

<sup>97</sup> *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo* (La Habana, Cuba, noviembre de 1947-marzo de 1948), *Acta Final y documentos conexos*, Nueva York, Comisión Interina de la Organización Internacional de Comercio, 1948, pág. 47.

<sup>98</sup> *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 247, documento A/CN.4/228 y Add.1, párrs. 183 y ss.

<sup>99</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 261, pág. 141.

una disposición importante en la Convención que contiene las disposiciones transitorias, firmada en París el 18 de abril de 1951:

EXCEPCIÓN A LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Sección 20

Con respecto a los países que se benefician de la cláusula de la nación más favorecida mediante la aplicación del artículo I del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, los Estados miembros tomarán medidas conjuntas respecto de las Partes contratantes en el Acuerdo mencionado a fin de exceptuar las disposiciones del presente Tratado de la aplicación del artículo de que se trata. En caso necesario, se solicitará una reunión especial de las Partes contratantes en el GATT con este propósito.

En lo que concierne a los países que sin ser partes en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio se benefician no obstante de la cláusula de la nación más favorecida en virtud de acuerdos bilaterales en vigor, se celebrarán negociaciones a la firma del Tratado. A falta de consentimiento de parte de los países interesados, esos compromisos serán modificados o denunciados de conformidad con sus términos.

Si un país rehúsa su consentimiento a los Estados miembros o a cualquiera de ellos, los demás Estados miembros convienen en prestar su asistencia eficaz, que puede incluso extenderse a la denuncia por parte de todos los Estados miembros de los acuerdos celebrados con el país de que se trata<sup>100</sup>.

Si bien la disposición del tercer párrafo puede criticarse con justicia desde el punto de vista económico o político como demasiado « radical » o « amenazante »<sup>101</sup>, desde el punto de vista estrictamente jurídico demuestra claramente que el compromiso del Estado concedente en virtud de una cláusula de la nación más favorecida no puede terminar o ser modificado sino por los medios que ofrece el derecho de los tratados.

9) El Tratado por el que se crea la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, contiene la disposición siguiente:

Artículo 234

Los derechos y obligaciones que dimanen de convenciones celebradas antes de la entrada en vigor de este Tratado, entre uno o más Estados Miembros, por una parte, y uno o más terceros países, por la otra, no serán afectados por las disposiciones de este Tratado.

En la medida en que tales convenciones no sean compatibles con este Tratado, el Estado Miembro o los Estados Miembros interesados adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar cualquier incompatibilidad que existiere. En caso necesario, los Estados Miembros se ayudarán recíprocamente para lograr este propósito y, cuando fuere apropiado, adoptarán una posición común.

Al aplicar las convenciones mencionadas en el párrafo primero, los Estados Miembros tendrán debidamente en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en virtud de este Tratado por cada uno de los Estados Miembros forma parte integrante de la creación de la Comunidad y, en consecuencia, están indisolublemente ligadas a la creación de instituciones comunes, al otorgamiento de competencias a dichas instituciones y a la concesión de las mismas ventajas por todos los demás Miembros<sup>102</sup>.

Los párrafos 1 y 2 expresan las mismas ideas que las de la sección 20 de la Convención que contiene las disposi-

<sup>100</sup> *Ibid.*, págs. 298 y 300.

<sup>101</sup> A.-Ch. Kiss, *op. cit.*, pág. 485.

y 131.

<sup>102</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 294, pág. 130 y 131.

ciones transitorias del Tratado por el que se instituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, citada precedentemente. El párrafo 3 es parecido a una *clause réservée* pero evita afectar directamente los derechos de terceros Estados. Vignes califica a la norma del párrafo 3 de « disposición explicativa e incitante »<sup>103</sup>.

Este « elemento incitante » lo considera con más seriedad el Manual soviético de derecho internacional, según el cual:

la formulación un tanto obscura del artículo 234 no puede ocultar su significado que consiste en obligar a cada parte en el Tratado a que niegue a terceros países la concesión, de conformidad con acuerdos concertados con anterioridad, de los mismos privilegios de que disfrutaban los miembros del grupo<sup>104</sup>.

El enfoque de un escritor francés, Thiébaud Flory, es distinto:

¿Cómo pueden los Estados miembros de la CEE conciliar los compromisos que para ellos dimanen de la firma del Tratado de Roma con las obligaciones que han contraído anteriormente al suscribir acuerdos multilaterales como el GATT? Según los términos del artículo 234 del Tratado de Roma, lo que debe prevalecer es el principio de la fidelidad a los compromisos contraídos anteriormente. Al someter el Tratado de Roma al examen del GATT y al mostrarse conciliatorios con respecto a las partes contratantes, los Seis han respetado ese principio<sup>105</sup>.

Estas dos últimas opiniones citadas, no obstante ser contradictorias a primera vista, no son irreconciliables. La primera ve en la disposición su elemento « incitante »; la segunda observa que en el artículo 234, considerado en su conjunto, las partes contratantes reconocen implícitamente la validez de sus compromisos anteriores.

10) La Convención Europea de establecimiento firmada en París el 13 de diciembre de 1955 tampoco contiene ninguna *clause réservée*. Según Vignes:

[...] con motivo de la redacción de [esta] Convención [...] [los redactores pensaron en primer lugar] en insertar una estipulación expresa que excluyera a los no signatarios de la Convención del beneficio de ésta, pero tal idea se descartó porque esa estipulación hubiera sido *res inter alios acta*. Se limitaron entonces a incluir en el preámbulo de la Convención una frase de carácter declarativo que expresaba (y trataba de convencer de ello a los Estados no miembros) que las ventajas que se otorgaban los signatarios de la Convención se concedían únicamente a causa de su asociación muy estrecha.

Parece, sin embargo, que incluso los signatarios de la Convención no estaban convencidos de la excelencia de su método y que ciertos retrasos en la ratificación de la Convención se debieron a un deseo de asegurar que los terceros Estados no pidieran el beneficio<sup>106</sup>.

El texto pertinente del preámbulo dice así:

Los Gobiernos aquí firmantes, miembros del Consejo de Europa, Considerando que el objetivo del Consejo de Europa es salvaguardar y realizar los ideales y principios que son patrimonio común de sus Miembros y facilitar su progreso económico y social;

Reconociendo el carácter especial de los vínculos existentes entre los países miembros del Consejo de Europa, como se afirma

<sup>103</sup> D. Vignes, *op. cit.*, pág. 293.

<sup>104</sup> Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, pág. 269.

<sup>105</sup> T. Flory, *Le GATT—Droit international et commerce mondial*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, pág. 124.

<sup>106</sup> D. Vignes, *op. cit.*, págs. 283 y 284; véase también A.-Ch. Kiss, *op. cit.*, págs. 478 a 484.

en convenciones y acuerdos ya concertados dentro del marco del Consejo [...];

Convencidos de que mediante la celebración de una convención regional, el establecimiento de normas comunes para el trato otorgado a los nacionales de cada Estado Miembro en el territorio de los demás puede contribuir a la consecución de una mayor unidad;

Afirmando que los derechos y privilegios que otorgan recíprocamente a los nacionales de cada uno de sus países se conceden únicamente en virtud de la estrecha asociación que une a los países miembros del Consejo de Europa mediante su Estatuto;

Observando que el plan general de la Convención cae dentro del marco de la organización del Consejo de Europa,

Han convenido en lo siguiente: [...] <sup>107</sup>.

11) Una *clause réservée* inversa, es decir, una cláusula que expresamente permite la concesión de los beneficios de un tratado multilateral a terceros puede encontrarse en el artículo III del Acuerdo de 15 de julio de 1949 para facilitar la circulación internacional de material audiovisual de carácter educativo, científico y cultural:

...

4. Nada de lo dispuesto en este acuerdo requerirá que un Estado contratante niegue el trato previsto en este artículo con respecto a materiales de carácter educativo, científico o cultural, que tengan su origen en un Estado que no fuere parte en este acuerdo, en cualquier caso en que la negativa de tal trato resultare contraria a una obligación internacional o a la política comercial de ese Estado contratante <sup>108</sup>.

12) En la Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral, de 8 de julio de 1965, figura la siguiente disposición (artículo 10), relativa a la cláusula de la nación más favorecida:

1. Los Estados contratantes convienen en que las facilidades y los derechos especiales concedidos en virtud de la presente Convención a los Estados sin litoral en vista de su situación geográfica especial, quedan excluidos de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Un Estado sin litoral que no sea parte en esta Convención podrá pedir las facilidades y los derechos especiales concedidos a los Estados sin litoral en la presente Convención sólo invocando la cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado concertado entre ese Estado sin litoral y el Estado contratante que conceda tales facilidades y derechos especiales.

2. Si un Estado contratante concede a un Estado sin litoral facilidades o derechos especiales mayores que los que se prevén en esta Convención, tales facilidades o derechos especiales pueden limitarse a dicho Estado sin litoral, excepto en la medida en que al excluir de dichas mayores facilidades o derechos especiales a otro Estado sin litoral se contravenga la cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado concertado entre ese otro Estado sin litoral y el Estado contratante que conceda dichas facilidades o derechos especiales <sup>109</sup>.

El preámbulo de la Convención de 1965 invoca el principio VII aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, según el cual:

Las ventajas y los derechos especiales concedidos a los países sin litoral por su situación geográfica especial quedarán excluidos de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida <sup>110</sup>.

Este principio dimana de una propuesta de Checoslovaquia presentada ante la Conferencia Preliminar de Estados sin litoral, celebrada en febrero de 1958. El comentario sobre esta propuesta fue el siguiente:

Como el derecho fundamental del país sin litoral al libre acceso al mar se deriva del principio de la libertad de la alta mar, constituye un derecho propio de dicho país que depende de la situación geográfica natural de ese país. Huelga decir que, en vista del carácter de ese derecho, ningún tercer país podrá invocarlo en virtud de la cláusula de la nación más favorecida. Se justifica plenamente que los acuerdos sobre las condiciones de tránsito concluidos entre los países sin litoral y los países de tránsito escapen a la esfera de acción de la cláusula de nación más favorecida, porque estos acuerdos se derivan justamente de ese derecho fundamental <sup>111</sup>.

Los redactores de la Convención se basaron en este principio VII y, aparentemente, el artículo 10 no hace más que traducir este principio en medidas prácticas. De aquí que la cuestión de la validez del artículo 10 frente a los Estados que no sean partes en la Convención gire en torno a la naturaleza del « principio » en que se basa. ¿Es un principio dimanado del derecho positivo existente o de un postulado conceptual? ¿Es suficiente el consenso expresado en la UNCTAD para establecer el principio como derecho consuetudinario o no es más que una norma incompleta de derecho, « una etapa en el desarrollo progresivo y en la codificación de los principios del derecho internacional », que necesita concretarse en la práctica de cada uno de los Estados antes de que pueda adquirir el carácter de una norma cabal de derecho internacional? <sup>112</sup>.

13) Ningún tratadista niega expresamente la norma propuesta en el artículo 8. Uno de ellos escribe:

Es difícil evaluar la validez de la *clause réservée*. Dado que la cláusula es *res inter alios acta* en cuanto al Estado beneficiario, acreedor del trato más favorecido, difícilmente se divisa cómo la *clause réservée*, a la que dicho Estado no se ha adherido, puede reducir el alcance de compromisos contraídos al respecto por el Estado concedente <sup>113</sup>.

El mismo autor trata de distinguir entre dos situaciones:

Si el tratado en que se consagran las ventajas y consta la *clause réservée* es anterior a la convención que otorga el trato más favorecido, se podría argumentar, habida cuenta de la necesaria publicidad de los tratados, que el Estado beneficiario no ha podido ignorar los compromisos contraídos por el Estado concedente como tampoco la *clause réservée* que los afecta. Se podría admitir en este caso una adhesión tácita del Estado beneficiario a la *clause réservée*. En cambio, tratándose de una *clause réservée* estipulada con posterioridad a las cláusulas de la nación más favorecida, el Estado concedente, que no ha accedido en estas últimas a ninguna

<sup>111</sup> Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol. VII, Quinta Comisión (Cuestión del libre acceso al mar de los países sin litoral) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 58.V.4, vol. VII), pág. 74, documento A/CONF.13/C.5/L.1, anexo VI, comentario al artículo 8. Véase también el informe del grupo de trabajo a la Quinta Comisión (*ibid.*, pág. 81, documento A/CONF.13/C.5/L.16, párr. 13).

<sup>112</sup> Véase M. Virally, « Le rôle des principes dans le développement du droit international », y S. Bastid, « Observations sur une étape dans le développement progressif et la codification des principes du droit international », en: Faculté de droit de l'Université de Genève et Institut universitaire de hautes études internationales, Genève, *Recueil d'études de droit international—En hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Imprimerie de la « Tribune de Genève », 1968, págs. 531 y 132.

<sup>113</sup> P. Level, *op. cit.*, pág. 336, párr. 20.

<sup>107</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 529, págs. 143 y 145.

<sup>108</sup> *Ibid.*, vol. 197, pág. 7.

<sup>109</sup> *Ibid.*, vol. 597, págs. 91 y 93.

<sup>110</sup> *Ibid.*, pág. 83.

disposición que limite su alcance, no puede posteriormente sus- traerse a su aplicación en virtud de un compromiso, concertado con el Estado favorecido, con el cual el Estado concedente no tiene ninguna relación <sup>114</sup>.

No obstante, esta distinción parece ser injustificada y ninguna norma del derecho de los tratados confirma la argumentación en favor del efecto de la *clause réservée* estipulada con anterioridad a la cláusula de la nación más favorecida. El mismo autor citado deja de lado esta idea cuando concluye lo siguiente:

Se conoce la solución [...] dada por la Corte Internacional de Justicia [en el *Asunto Anglo-Iranian Oil Co.*]. El trato de la nación más favorecida emana del tratado que lo estipula y las ventajas reconocidas al tercer Estado se aplican sólo por remisión al Estado beneficiario. La *clause réservée* no es oponible, pues, al Estado beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida, ya que sus derechos no dimanar del tratado en que se prevé la *clause réservée* <sup>115</sup>.

#### b) *Tratados multilaterales*

14) Parece desprenderse de lo anterior que una *clause réservée*, es decir, una estipulación de un tratado por la cual el Estado concedente y uno o más « terceros Estados » excluyen expresamente la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, no afecta los derechos que concede el tratado al Estado beneficiario de esa cláusula. De aquí que las relaciones, en virtud de un tratado, entre el Estado concedente y los terceros Estados, sin una estipulación expresa en el sentido mencionado, pueden aún menos afectar los derechos del Estado beneficiario. Pero subsisten algunas controversias acerca de la cuestión de si se deberían excluir algunos tipos de acuerdos de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en un determinado ámbito de relaciones interestatales. Llegamos así al punto relativo a los « tratados multilaterales » y remitimos al lector al primer informe del Relator Especial, en cuyo anexo I se hace un breve resumen del informe preparado por la Secretaría de la Sociedad de las Naciones en 1933 <sup>116</sup>. Se trató brevemente este asunto durante los debates de la Comisión <sup>117</sup>, por lo que parecería adecuado presentar antecedentes más detallados para dilucidar la cuestión. Sin referirnos a los antecedentes <sup>118</sup>, se recordará que la cuestión de los acuerdos multilaterales tuvo un papel importante en la Conferencia Monetaria y Económica Mundial de 1933. Una Comisión Preparatoria de Expertos preparó un programa provisional anotado de la Conferencia, en cuya parte pertinente se decía lo siguiente:

Una sugerencia que ha contado con fuerte apoyo en distintos círculos [...] es que los Estados deben admitir una excepción a la cláusula de la nación más favorecida que limite las ventajas derivadas de los acuerdos multilaterales a los Estados contratantes

<sup>114</sup> *Ibid.*, párr. 21.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *Anuario...* 1969, vol. II, págs. 189 y 190, documento A/CN.4/213, anexo I, sección sobre las relaciones entre los acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida y las convenciones económicas multilaterales.

<sup>117</sup> *Anuario...* 1968, vol. I, pág. 209, 976.<sup>a</sup> sesión, párr. 11.

<sup>118</sup> Véase J. Viner, *The Customs Union Issue*, Studies in the administration of international law and organization, N.º 10, Nueva York, Carnegie Endowment for International Peace, 1950, págs. 22 y ss.

y a los Estados que otorguen voluntariamente ventajas equivalentes. Esta propuesta (que ya ha sido adoptada en algunos tratados bilaterales) debería sin duda ser objeto de un cuidadoso estudio. Se ha sostenido, en respaldo de esta propuesta, que, en ausencia de excepciones de este tipo, la celebración de convenios colectivos tropezaría con dificultades insuperables, ya que la aplicación de la cláusula favorecería, en tales circunstancias, la no adhesión. Por otro lado, es necesario tener presente que las circunstancias de los diversos países difieren considerablemente, de manera que, en muchos casos, éstos no pueden adherirse a acuerdos multilaterales si desconocen los casos concretos a los que se podrán aplicar ulteriormente sus disposiciones y las consecuencias que su aplicación podrá acarrearles. Se correría además el riesgo de provocar la formación de grupos de países opuestos, agravando así los mismos males que se procura mitigar. Se recomienda, por último, que se tomen las medidas necesarias para evitar el menoscabo de los derechos de terceros.

Sea como fuere, es necesario someter estas excepciones a la condición de que se permita la adhesión a estos acuerdos de todos los Estados interesados y de que sus propósitos armonicen con el interés general. Entre las condiciones que se podrían considerar al respecto, cabe mencionar la estipulación de que dichos acuerdos se celebren con los auspicios de la Sociedad de las Naciones o de organizaciones dependientes de ella. Además, estos acuerdos no deben imponer nuevos obstáculos al comercio internacional respecto de países que tienen el derecho de la nación más favorecida. Finalmente, sólo puede estimarse que un « acuerdo colectivo » reviste carácter de tal cuando cumple determinadas condiciones, que se han de determinar, en lo tocante al número de Estados participantes.

La Conferencia debería tratar de encontrar una solución para la cuestión en conjunto que conciliara los intereses de todos <sup>119</sup>.

15) Con anterioridad a la Conferencia de 1933, los países europeos formularon propuestas para lograr un acuerdo sobre la condición preferente de los acuerdos colectivos y que en una u otra forma tendían a hacer frente a la competencia estadounidense en materia de intercambio en el mercado europeo <sup>120</sup>. Los Estados Unidos se opusieron enérgicamente a esas propuestas. La situación varió algo en la Conferencia de 1933, cuando el Secretario de Estado, Sr. Cordell Hull, reseñó las condiciones bajo las cuales los Estados Unidos estarían dispuestos a aceptar que los acuerdos multilaterales se exceptuaran de los compromisos de la nación más favorecida.

La disposición sometida por el Sr. Hull a la aprobación de la Conferencia decía así:

Los Gobiernos participantes encarecen la aceptación generalizada del principio de que la norma de la igualdad no exige que se extienda a los países no participantes la reducción de las tasas arancelarias o las restricciones de importación hecha con arreglo a acuerdos multilaterales que ofrezcan una promesa razonable de fortalecimiento económico de la zona comercial interesada tan amplio que resulte beneficioso para todas las naciones; siempre que esos acuerdos:

- a) Comprendan una zona comercial de considerable magnitud;
- b) Encarezcan reducciones con arreglo a porcentajes uniformes de todas las tasas arancelarias o a cualquier otra fórmula cuya aplicación sea igualmente amplia;
- c) Estén abiertos a la adhesión de todos los países;
- d) Otorguen el beneficio de las reducciones a todos los países que efectivamente hagan las concesiones estipuladas, y

<sup>119</sup> Sociedad de las Naciones, Conferencia Monetaria y Económica, *Programa provisional anotado preparado por la Comisión Preparatoria de Expertos*, documento C.48.M.18.1933.II [Conf. M.E. I], págs. 30 y 31.

<sup>120</sup> Véanse mayores detalles en J. Viner, *op. cit.*, págs. 22 y ss.



e) Cuando los países partes en el acuerdo multilateral no aumenten sensiblemente, durante la vigencia del tratado multilateral, las barreras comerciales contra las importaciones provenientes de países ajenos a ese acuerdo <sup>121</sup>.

Sin embargo, la Conferencia de Londres, « no sólo estaba condenada a sumarse a la ya larga lista de conferencias económicas internacionales frustradas sino que, como resultado del famoso mensaje del Presidente Roosevelt en el que criticaba duramente las propuestas de estabilización monetaria presentadas a la Conferencia, estaba destinada a fracasar sin pretender siquiera, como es usual, que había logrado algún resultado importante » <sup>122</sup>. Más adelante en 1933, en la Conferencia de Estados Americanos celebrada en Montevideo, el Secretario de Estado Hull presentó y logró hacer aprobar en principio un proyecto de convenio que tenía mucho en común con la propuesta que había presentado en la Conferencia de Londres.

16) La propuesta de los Estados Unidos llevó a que se abriera a la firma el 15 de julio de 1934 un Convenio relativo a la no aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a determinados convenios económicos multilaterales <sup>123</sup>. En las disposiciones sustantivas del Convenio se estipula lo siguiente:

#### Artículo I

Las Altas Partes contratantes, en sus relaciones entre sí, salvo el caso previsto en el Artículo II, se comprometen a no invocar las obligaciones de la cláusula de la nación más favorecida, con el fin de obtener de las Partes en convenciones multilaterales del tipo mencionado de seguida, las ventajas o beneficios de que gozan las Partes en dichas convenciones.

Este artículo se refiere a las convenciones económicas multilaterales de aplicación general, que incluyen una área comercial de tamaño considerable, que tienen por objeto la liberalización y fomento del comercio u otro intercambio económico internacional y que estén abiertas a la participación de todos los países.

#### Artículo II

No obstante la estipulación del Artículo I, cualquier Alta Parte contratante puede pedir a un Estado con el cual mantiene un tratado que contiene la cláusula de la nación más favorecida el cumplimiento de dicha cláusula en la medida en que tal Alta Parte contratante acuerde de hecho a tal Estado los beneficios que ella reclama.

No obstante la declaración del Secretario de Estado Hull citada en la Comisión <sup>124</sup>, este Convenio difícilmente puede interpretarse de otra manera que como una expresión de la opinión de que una promesa de nación más favorecida, a menos que se disponga otra cosa, hace extensivos los beneficios concedidos en virtud de un acuerdo multilateral. (Parece que la posición adoptada

por los Estados Unidos a la sazón ha sido interpretada de manera similar por Whiteman <sup>125</sup>.) La intención del Convenio consistía evidentemente en crear, según la opinión unánime, una excepción convencional y, de ser posible, ampliamente aceptada, a la norma general. El experimento fracasó porque sólo tres Estados (y no dos como se indica en el primer informe del Relator Especial <sup>126</sup>) se hicieron partes en el Convenio: Cuba, los Estados Unidos y Grecia. No puede atribuirse mucha importancia al hecho de que, al firmar el Convenio *ad referendum*, el Embajador de Bélgica adoptó la actitud de que éste no constituía una nueva norma sino que se limitaba a establecer lo que era ya la ley internacional <sup>127</sup>. Lo que el Embajador de Bélgica consideraba ley establecida en 1935 fue planteado como propuesta por el Primer Ministro de Bélgica en 1938. M. van Zeeland, en su informe presentado a solicitud de los Gobiernos de Gran Bretaña y Francia, recomendó que

se aceptaran excepciones a las cláusulas de la nación más favorecida a fin de permitir la concertación de acuerdos de grupo tendientes a reducir las barreras arancelarias, siempre que esos acuerdos estuvieran abiertos a la adhesión de otros Estados <sup>128</sup>.

La idea de que la cláusula de la nación más favorecida no debía traer aparejados los beneficios resultantes de las disposiciones de convenios comerciales multilaterales abiertos a la firma de todos los Estados se incluyó en la resolución de Bruselas de 1936 aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su 40.º período de sesiones (Bruselas, 1936) <sup>129</sup>.

17) En la doctrina fue un autor japonés <sup>130</sup> quien propuso que se hiciera una distinción en la esfera del comercio internacional y los aranceles aduaneros entre « tratados colectivos de interés particular » y « tratados colectivos de interés general ». Las cláusulas de la nación más favorecida contenidas en tratados bilaterales traerían aparejados los beneficios estipulados en los primeros, pero no concederían derecho a las ventajas prometidas en los tratados del último tipo porque, según se aducía, como esos tratados estaban abiertos a todos los Estados, sus ventajas podían adquirirse fácilmente mediante la adhesión. De esta manera, los Estados adherentes asumen también las obligaciones derivadas del tratado y se ponen en un pie de igualdad con las demás partes en el tratado, mientras que a través de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida exigirían sólo las ventajas del tratado multilateral sin aceptar sus obligaciones <sup>131</sup>.

La teoría de Ito fue severamente criticada por E. Allix. Refiriéndose al argumento basado en el carácter abierto

<sup>125</sup> *Op. cit.*, pág. 765.

<sup>126</sup> *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 184, documento A/CN.4/213, párr. 105.

<sup>127</sup> G. H. Hackworth, *op. cit.*, pág. 293.

<sup>128</sup> Sociedad de las Naciones, *Commercial Policy in the Interwar Period: International Proposals and National Policies* (publicación N.º 1942.II.A.6), pág. 84.

<sup>129</sup> Véase el párrafo 7 de la resolución (*Anuario... 1969*, vol. II, págs. 190 y 191, documento A/CN.4/213, anexo II).

<sup>130</sup> N. Ito, *La clause de la nation la plus favorisée*, París, Les Editions internationales, 1930.

<sup>131</sup> G. Scelle, en *Précis de droit des gens—Principes et systématique*, París, Sirey, 1934, vol. II, pág. 390, sostiene una posición similar.

<sup>121</sup> Sociedad de las Naciones, Conferencia Monetaria y Económica, *Reports Approved by the Conference on July 27th, 1933, and Resolutions Adopted by the Bureau and the Executive Committee*, documento C.435.M.220.1933.II [Conf. M.E.22 (1)], pág. 43.

<sup>122</sup> J. Viner, *op. cit.*, pág. 36.

<sup>123</sup> Convenio entre los Estados Unidos de América, la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, Colombia, Cuba, Grecia, Guatemala, Nicaragua y Panamá comprometiéndose a no invocar las obligaciones de la cláusula de la nación más favorecida para la obtención de las ventajas o beneficios establecidos en determinados convenios económicos multilaterales (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, pág. 9).

<sup>124</sup> Para la referencia, véase la nota 117 *supra*.

de los tratados multilaterales en referencia, éste escribió lo siguiente:

Son posibles aquí dos respuestas: según la primera, si la cláusula es incondicional, va a transformarse en cláusula condicional, pues el país que se adhiera al tratado deberá asumir las obligaciones correspondientes para recibir las ventajas. Pretender que sería inmoral que actuara de otra manera equivale a alterar el procedimiento de la cláusula incondicional, pues con ella se llega siempre a la concesión de ventajas gratuitas. Además, resulta imposible conciliar la crítica hecha a propósito de los tratados multilaterales con la recomendación formulada por el Comité Económico de que se utilice siempre la forma incondicional. Por otra parte, no basta que el compromiso suscrito resulte oneroso en un momento dado para que sea posible arrogarse el derecho de modificarlo.

Por último, ¿qué es un tratado abierto? El propio Sr. Ito menciona el caso de un tratado en el que podrían ser partes teóricamente todos los Estados que lo desearan y cuyas condiciones serían tales que sólo podrían cumplirlas en la práctica los primeros Estados signatarios.

Por otra parte, estas condiciones, aun si son posibles, distan mucho de carecer de importancia. El Estado que se adhiera posteriormente al tratado deberá aceptarlas sin haber podido discutir las. Las obligaciones con las cuales se le hará pagar las ventajas que se le habrían debido gratuitamente si la cláusula hubiera sido incondicional pueden ser más onerosas para él que para los demás países. Puede también tener razones particulares para no adherirse al tratado. La afiliación a una agrupación, aun cuando ésta sea puramente económica, tiene siempre consecuencias políticas que pueden hacerla imposible.

Exigir al país al que se concede la cláusula que se adhiera a un acuerdo que puede repugnarle es actuar casi como la persona que dijera a su acreedor: «Le había prometido pagar un millón, pero estoy dispensado de pagárselo, pues usted puede casarse con la Srta. X, quien se lo aportará como dote.»

El hecho de que, en el caso en examen, se retiran todos los beneficios de la cláusula al país con el cual se había establecido el vínculo se desprende, además, claramente de la comprobación del hecho de que este país se encontrará exactamente en las mismas condiciones que los países que no habían obtenido la promesa del trato más favorable y que podrán, así como él, adherirse al tratado abierto.

Se nos lleva así a concluir que la cláusula de la nación más favorecida constituye un obstáculo para la negociación de tratados multilaterales y que este obstáculo sólo puede eliminarse mediante una reserva explícitamente formulada en el acto que la ha concedido o a través del consentimiento amistoso de los Estados beneficiarios de la cláusula <sup>132</sup>.

Las opiniones de Allix han recibido el apoyo de Rousseau, quien escribe:

[...] la exclusión [de las ventajas de un tratado colectivo] del Estado parte en un tratado bilateral, cualesquiera sean los argumentos de oportunidad que militan a su favor, difícilmente puede conciliarse con la cláusula de la nación más favorecida y está en contradicción evidente con las garantías de igualdad dadas anteriormente al Estado beneficiario de dicha cláusula. Bajo pretexto de hacer fracasar los cálculos egoístas de un Estado deseoso de obtener fácilmente ventajas arancelarias podría tal vez cometerse una inmoralidad peor negando a un cocontratante la aplicación de una cláusula cuyos beneficios se le habían prometido por adelantado <sup>133</sup>.

<sup>132</sup> E. Allix, «Les aspects juridiques de la clause de la nation la plus favorisée», *Revue politique et parlementaire*, París, vol. 148, julio-septiembre de 1931, págs. 231 y 232. [Subrayado del Relator Especial.]

<sup>133</sup> Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, París, Pédone, 1944, vol. I, pág. 777.

Rousseau comparte las conclusiones de Allix:

Es preciso reconocer que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, esta última solución [una reserva explícitamente formulada o el consentimiento amistoso de los Estados beneficiarios de la cláusula] sería más correcta, pues cuidaría más de respetar el acuerdo de voluntades de los Estados, único fundamento sólido del derecho positivo <sup>134</sup>.

18) La práctica ha mostrado también que el problema de conflicto entre arreglos multilaterales y obligaciones relativas a la nación más favorecida no puede solucionarse conforme a la teoría de Ito. En virtud del convenio, negociado en Ouchy, pero firmado en Ginebra el 18 de julio de 1932 por Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, las partes convinieron, entre otras cosas, en que no se efectuarían aumentos en los derechos existentes ni se aplicarían nuevos derechos sobre las importaciones entre ellos; en que los derechos existentes sobre las importaciones entre ellos se reducirían en un 10% por año, hasta que la reducción total alcanzara al 50%; y que no se impondrían nuevas barreras que no fueran derechos de importación sobre las importaciones entre ellos; y en que otros Estados podrían participar libremente en el convenio y podrían hacerse extensivos sus beneficios a países no participantes si éstos cumplieran en la práctica con sus condiciones. Sin embargo, tanto Bélgica como los Países Bajos tenían tratados comerciales que contenían la cláusula de la nación más favorecida con el Reino Unido y otros países, y en el Convenio de Ouchy se disponía que el mismo no entraría en vigor hasta que estos países hubieran renunciado a sus derechos. Gran Bretaña se negó a renunciar a sus derechos, y en la Conferencia de Ottawa celebrada el mismo año se aprobó una resolución por la que se declaraba que no podía permitirse que los acuerdos regionales derogaran obligaciones relativas a la nación más favorecida, y los Estados Unidos no respondieron a la solicitud de renuncia. En consecuencia, el Convenio se extinguió sin haber entrado nunca en vigor <sup>135</sup>. El Convenio de La Haya del 28 de mayo de 1937 fue firmado por los países del Convenio de Ouchy más Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia. El Convenio de La Haya establecía «limitaciones» específicas para las tarifas arancelarias, y disponía la eliminación de determinadas restricciones cuantitativas existentes sobre las importaciones de los países participantes, así como el compromiso de no introducir nuevas restricciones sobre mercaderías que no estuvieran ya sujetas a ellas. Se declaró que todos los Estados no participantes podrían adherirse al Convenio de conformidad con los términos que habrían de negociarse entre ellos y los países ya partes. El Convenio de La Haya llegó a aplicarse en la práctica, pero los Países Bajos se negaron a renovarlo al final de su primer año de aplicación, y las demás partes permitieron entonces que expirara. Una vez más la causa del fracaso fue que otros países, especialmente el Reino Unido, insistieron en el derecho de la nación más favorecida <sup>136</sup>.

<sup>134</sup> *Ibid.*, pág. 778.

<sup>135</sup> J. Viner, *op. cit.*, págs. 30 y 31.

<sup>136</sup> *Ibid.*

c) *El GATT y los Estados que no son partes en el Acuerdo*

19) El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio no prevé una disposición similar a la del párrafo 4 del artículo 98 de la Carta de La Habana<sup>137</sup>. La piedra angular del Acuerdo General es una cláusula de la nación más favorecida de tipo incondicional. El Acuerdo está abierto a la adhesión de todos los Estados, o al menos así es como algunos autores<sup>138</sup> interpretan el texto de su artículo XXXIII, que dice así:

Todo gobierno que no sea parte en el presente Acuerdo [...] podrá acceder a él [...] en las condiciones que fijen dicho gobierno y las PARTES CONTRATANTES. Las decisiones a que se refiere este párrafo las adoptarán las PARTES CONTRATANTES por mayoría de los dos tercios<sup>139</sup>.

¿Cuál es la posición de los terceros Estados que no son miembros del GATT? ¿Pueden reclamar que los miembros les otorguen el trato del GATT con arreglo a las cláusulas bilaterales de la nación más favorecida? No hay motivo para responder negativamente a esta pregunta. El hecho de que algunos tratados expresamente exceptúen los beneficios del GATT de la aplicación de la cláusula no sólo no contradice sino que va en apoyo de esta opinión<sup>140</sup>.

El Comité de estudio de cuestiones organizacionales y funcionales del GATT examinó en 1955 la cuestión de la extensión por las partes contratantes a las partes no contratantes de los beneficios del Acuerdo General mediante acuerdos bilaterales. Se señaló en el debate que las partes no contratantes frecuentemente gozaban de todos los beneficios del Acuerdo sin tener que asumir las obligaciones correspondientes. Pese a una cierta insatisfacción con esta situación, el consenso mayoritario fue de que competía a cada una de las partes contratantes decidir qué actitud deseaba adoptar al respecto<sup>141</sup>. De conformidad con el Manual soviético de derecho internacional, Austria, después de adherirse al GATT, no extendió inmediatamente las tasas de gravámenes aduaneros del GATT a la Unión Soviética pese a la existencia de un tratado de la nación más favorecida en vigor entre ambos países. Sólo se hicieron extensivas dichas tasas después de una solicitud expresa de la URSS. Otros países de Europa Occidental que habían celebrado tratados de la nación más favorecida con la Unión Soviética extendieron automáticamente los beneficios del GATT a los productos soviéticos<sup>142</sup>.

20) En el *Asunto C. Tennant, Sons and Co., of New York contra Dill*<sup>143</sup> planteado ante el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, los demandantes invocaron un Acuerdo

de comercio entre los Estados Unidos y el Paraguay<sup>144</sup> en que se preveía el trato de la nación más favorecida en materia de gravámenes y formalidades aduaneras. Los demandantes trataban de obtener, sobre la base de la cláusula, los beneficios de la excepción « en camino » a las restricciones de cuotas que prevé el inciso b del párrafo 3 del artículo XIII del GATT<sup>145</sup>. Esta excepción permite que los productos que se hallen en camino, en el momento de efectuarse la publicación de las restricciones de cuota, entren al país que aplica las restricciones. Paraguay no era parte en el Acuerdo General y los demandantes se basaban en la concesión, en el acuerdo bilateral, del trato de la nación más favorecida. La Corte rechazó la demanda en 1957 pero basándose exclusivamente en que la cláusula de « nación más favorecida » prevista en el artículo I del Acuerdo de comercio con el Paraguay, redactada en forma concreta y clara, se extendía a los derechos aduaneros y otras materias, pero su redacción no daba a entender que se pudiera aplicar a las restricciones de importar que entrañaran la fijación de cuotas:

Parece claro, pues, que la cláusula de la nación más favorecida prevista en el Acuerdo de comercio con el Paraguay no es lo suficientemente amplia para dar derecho al Paraguay y, por ende, al demandante, a los beneficios de la disposición « en camino » prevista en el GATT<sup>146</sup>.

De esta manera, el fallo reconoció tácitamente que se podían reivindicar, en virtud de una cláusula bilateral, los beneficios del GATT (siempre que fueran *ejusdem generis*).

d) *Otros acuerdos multilaterales abiertos y los Estados que no son partes en ellos*

21) Antes de que los Estados Unidos suscribieran el Acuerdo para la Importación de Objetos de Carácter Educativo, Científico y Cultural, de 22 de noviembre de 1950 (Acuerdo de Florencia)<sup>147</sup>, reclamaban, en virtud de cláusulas de la nación más favorecida, el mismo trato para los productos estadounidenses que el que concediera una parte en el Acuerdo a los productos de otra de las partes. Así, el 12 de junio de 1963, el Departamento de Estado hizo llegar las siguientes instrucciones a la Embajada de los Estados Unidos en Roma:

En vista de que las medidas del Gobierno italiano han puesto a las exportaciones estadounidenses de equipo científico en una desventajosa posición de competencia, se sugiere que la Embajada trate el asunto oficiosamente con las autoridades italianas correspondientes. El objetivo de esas conversaciones sería lograr la franquicia aduanera de esos equipos cuando se importen de los Estados Unidos para su venta a las instituciones autorizadas. Al plantear la situación al Gobierno de Italia, la Embajada podría señalar que el párrafo 1 del artículo XIV de nuestro Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Italia<sup>148</sup> y el párrafo 1 del artículo I del GATT<sup>149</sup> estipulan el trato incondicional de la nación más favorecida para los productos estadounidenses. Pese

<sup>137</sup> Véase *supra* el párrafo 7.

<sup>138</sup> Véase E. Sauvignon, *op. cit.*, pág. 266.

<sup>139</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 62, pág. 35.

<sup>140</sup> E. Sauvignon, *op. cit.*, pág. 267.

<sup>141</sup> Documento GATT L/327, citado en K. Hyder (Hasan), *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, La Haya, Nijhoff, 1968, pág. 78, nota 2. Véase también *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 247, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 187.

<sup>142</sup> Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, pág. 270.

<sup>143</sup> 158 F. Supp. 63 (S.D.N.Y. 1957), citado en M. Whiteman, *op. cit.*, págs. 760 a 762.

<sup>144</sup> Acuerdo del 12 de septiembre de 1946 relativo al comercio recíproco (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 125, pág. 181).

<sup>145</sup> *Ibid.*, vol. 55, pág. 239.

<sup>146</sup> Véase M. Whiteman, *op. cit.*, págs. 761 y 762.

<sup>147</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 131, pág. 25.

<sup>148</sup> Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, firmado en Roma el 2 de febrero de 1948 (*ibid.*, vol. 79, pág. 226).

<sup>149</sup> *Ibid.*, vol. 55, pág. 197 y vol. 138, pág. 337.

a que hay excepciones concretas a este trato, el Acuerdo de Florencia no parece ser una de ellas. Si Italia concede la franquicia aduanera, en determinadas circunstancias, a los equipos científicos provenientes de cualquier otro país, debe, en consecuencia, conceder el mismo trato a las importaciones de equipo científico provenientes de los Estados Unidos <sup>150</sup>.

En relación con su presentación al Congreso de un proyecto de ley estadounidense para poner en práctica este Acuerdo, el Poder Ejecutivo preparó una respuesta afirmativa a la pregunta de si un país que no fuera parte en el Acuerdo « tendría derecho, con arreglo a la cláusula de la nación más favorecida, a la franquicia aduanera concedida por una parte en el Acuerdo a otra », y se explicó que « los Estados Unidos consideran que, jurídicamente, un país que no fuera parte en el Acuerdo, tendría derecho a ese trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida del tipo incondicional concertada con otra parte en el Acuerdo », aunque se reconoció que algunas partes en el Acuerdo podrían responder negativamente a esta pregunta <sup>151</sup>.

El 21 de octubre de 1957, en un debate de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre el Acuerdo para la Importación de Objetos de Carácter Educativo, Científico y Cultural (celebrada en Ginebra del 21 al 29 de octubre de 1957), se informó lo siguiente en una intervención del representante de Francia:

El Sr. ROISIN (Francia) recuerda que las disposiciones del párrafo 1 del artículo I sólo se aplican a los materiales mencionados en los anexos A, B, C, D y E del Acuerdo y que provengan de otro Estado contratante. No obstante, Francia concedió la entrada franca a esos materiales, prescindiendo del país de origen o de exportación, pues consideró que, en virtud de la cláusula de la « nación más favorecida » de tipo incondicional incluida en los acuerdos comerciales que había celebrado con la mayoría de los países, y tomando en cuenta las obligaciones mencionadas en el inciso a del artículo IV del Acuerdo, no se debería distinguir, en relación con los materiales, entre países de origen o de exportación. El Gobierno de Francia desea saber si tal interpretación es aceptada por los demás Estados Contratantes <sup>152</sup>.

El inciso a del artículo IV del Acuerdo de Florencia a que se hace referencia *supra* estipula que las partes « se comprometen en la medida de lo posible [...] a continuar sus esfuerzos conjuntos para promover por todos los medios la libre circulación » de los materiales a que se refiere el Acuerdo, « y a abolir o reducir cualquier restricción a esa libre circulación que no esté prevista en el presente Acuerdo » <sup>153</sup>.

#### e) *Tratados multilaterales cerrados*

22) Los antecedentes analizados parecen suficientes para demostrar que la norma propuesta en el artículo 8, al concordar con el derecho general de los tratados, es válida y que un acuerdo, expreso o tácito, entre el Estado concedente y cualquier otro tercer Estado, no puede despojar al Estado beneficiario de los derechos que le concede la cláusula. El estudio efectuado sobre esta materia se

basa en su mayor parte, sí no exclusivamente en la práctica y doctrina en relación con los denominados tratados multilaterales abiertos que se conciertan en la esfera del comercio internacional. En cuanto a los tratados de esta especie, se adujeron algunos argumentos basados en el concepto erróneo de la naturaleza de la cláusula de la nación más favorecida del tipo incondicional, se mencionó una cierta práctica tendiente a establecer una excepción a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. No obstante, tras un cuidadoso examen de la práctica y la doctrina, « [...] no [fue] posible advertir en [la práctica de los Estados] ningún uso constante y uniforme, aceptado como derecho » <sup>154</sup> que justificara la propuesta de una norma que exceptuara a los tratados multilaterales abiertos, es decir, a los beneficios dimanados de esos tratados, de la aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida. Los argumentos para exceptuar los beneficios de ciertos tratados comerciales multilaterales de la aplicación de la cláusula se basaban en el carácter abierto de esos tratados, esto es, en la facultad del Estado beneficiario de adherirse a esos tratados y compartir sus beneficios como parte en ellos. El examen y rechazo de este argumento lleva *a fortiori* a la consecuencia de que no cabe considerar ninguna derogación de la aplicación de una cláusula de la nación más favorecida con respecto a los tratados que no estén abiertos a la adhesión. Sin embargo, es necesario estudiar más a fondo este punto, principalmente debido a que la cuestión de la excepción de la aplicación de la cláusula a los beneficios concedidos dentro de ciertas categorías de agrupaciones económicas cerradas de Estados se plantea de tiempo en tiempo y se formulan diferentes teorías para promover el reconocimiento de estas excepciones. Bástenos por el momento hacer una breve referencia al párrafo 7 de la resolución de 1936 del Instituto de Derecho Internacional <sup>155</sup> y a la resolución aprobada en Edimburgo el 10 de septiembre de 1969 <sup>156</sup>. En cuanto a la resolución de 1936, Vignes había señalado con razón que iba mucho más allá de lo que había previsto originalmente Nolde, el Relator, y que la excepción de los acuerdos regionales (« acuerdos mutuos y exclusivos entre Estados que impliquen la organización de regímenes económicos de carácter regional o continental ») fue aprobada sólo por 19 votos contra 14 <sup>157</sup>. Vignes, pese a creer que la resolución tenía « un carácter progresivo », escribe:

Cabe preguntarse si esas excepciones están bien fundadas. Fueron formuladas en términos muy amplios y en la práctica, al parecer, no se las ha reconocido, al menos de manera universal <sup>158</sup>.

También se hace referencia al texto de la resolución de 1969 del Instituto, que se reproduce *infra*. Sin mencionar el asunto más importante resuelto en el inciso a del párrafo 2, puede afirmarse que la importancia del inciso b del párrafo 2 es limitada, en primer lugar, porque se res-

<sup>150</sup> Véase M. Whiteman, *op. cit.*, págs. 766 y 767.

<sup>151</sup> *Ibid.*, pág. 767.

<sup>152</sup> Documento UNESCO/MC/34/SR.1-11, pág. 10, citado por M. Whiteman, *op. cit.*, pág. 768.

<sup>153</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 131, pág. 31.

<sup>154</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, Fallo del 20 de noviembre de 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 277.

<sup>155</sup> Véase *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/213, anexo II, y P. Pescatore, *loc. cit.*, págs. 1 a 159.

<sup>156</sup> Véase anexo *infra*.

<sup>157</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1936, París, vol. 39, 1936, t. II, pág. 83.

<sup>158</sup> D. Vignes, *op. cit.*, pág. 270.

tringe a las cláusulas de la nación más favorecida en las convenciones multilaterales sobre comercio internacional y, en segundo lugar, « porque no se ha señalado que se trate de una excepción que opere de pleno derecho »<sup>159</sup>. El objetivo de esa disposición no parece ser tanto el establecimiento de un principio jurídico general como la formulación de una directriz para problemas aún no resueltos como la compatibilidad del Tratado de Roma, que establece la Comunidad Económica Europea<sup>160</sup>, con las normas del GATT. El nuevo estudio previsto obviamente necesitará extenderse a cuestiones controversiales como « el famoso problema de la unión aduanera y la zona de libre comercio [...] ese problema tan complicado y siempre de tanta actualidad »<sup>161</sup> y también tendrá que examinar la relación entre la norma propuesta del artículo 8 y las excepciones convencionales y consuetudinarias a la cláusula de la nación más favorecida.

<sup>159</sup> *Ibid.*, pág. 280.

<sup>160</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 294, pág. 17.

<sup>161</sup> M. Virally, « Le principe de réciprocité... » (*loc. cit.*), pág. 76.

#### *Anexo*

**Resolución aprobada el 10 de septiembre de 1969 por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Edimburgo (4-13 de septiembre de 1969)<sup>a</sup>**

#### II. — LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN LAS CONVENCIONES MULTILATERALES (Cuarta Comisión)

*El Instituto de Derecho Internacional,*

*Teniendo en cuenta* la resolución aprobada en su 40.º período de sesiones (1936) sobre « Los efectos de la cláusula de la nación más favorecida en materia de comercio y de navegación », especial-

<sup>a</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, Basilea, vol. 53, t. II, págs. 361 y 362.

mente en lo relativo al carácter incondicional de la cláusula, a la aplicación automática y al alcance de sus efectos, y a la observancia del principio de la buena fe en su aplicación,

*Considerando* la necesidad de examinar los problemas de aplicación e interpretación de la cláusula que dimanen de los profundos cambios en las relaciones internacionales que han provocado, desde entonces, la introducción de métodos multilaterales e institucionales en la esfera de las relaciones económicas, tanto en el plano mundial como en el regional, y tomando en cuenta los diversos sistemas económicos de los Estados, junto con los requisitos de una política económica que vaya en apoyo de los países en desarrollo,

*Habiendo examinado* el acabado informe del Sr. Pierre Pescatore, Relator de la Cuarta Comisión, sobre la cláusula de la nación más favorecida en las convenciones multilaterales, y las observaciones de los miembros de esa Comisión,

*Reconociendo* la mayor eficacia que puede adquirir la cláusula por la incorporación del trato de la nación más favorecida en los sistemas institucionales multilaterales,

*Teniendo en cuenta* que la investigación del tema, para llegar a conclusiones exhaustivas, exigiría que el Instituto se pronunciara sobre diversos problemas que aún son controversiales y se prestan a amplios debates y para cuya solución se requieren principalmente decisiones de índole política:

1. *Toma nota* del informe y de sus conclusiones y agradece al Relator y a los miembros de la Comisión su contribución al estudio de los problemas examinados;

2. *Subraya especialmente*, en relación con la cláusula de la nación más favorecida en las convenciones multilaterales sobre comercio internacional, la importancia de los siguientes puntos contenidos en el informe:

a) El trato preferencial en favor de los países en desarrollo mediante un sistema general de preferencias, basado en criterios objetivos, no debe ser obstaculizado por la cláusula.

b) Los Estados a los que se aplica la cláusula no han de poder invocarla para reclamar un trato idéntico al que los Estados participantes en un sistema regional integrado se conceden mutuamente.

c) Es importante que la capacidad derogatoria de la cláusula esté vinculada a garantías institucionales y de procedimiento adecuadas, como las previstas por los sistemas multilaterales.