

68. El Sr. TUNKIN dice que el artículo 61 establece en términos claros un principio que él está dispuesto a aceptar, pero se opone a toda propuesta que pueda dar lugar a equívocos. No cree necesario referirse a las disposiciones de los artículos 62 y 63 en general, ya que las situaciones especiales exigen normas especiales.

69. Las obligaciones aludidas en el párrafo 2 no dimanan del tratado sino de situaciones que se suscitan cuando se elabora el tratado. Es una cuestión distinta y, en interés de una mayor claridad, sería preferible suprimir el párrafo, como ha propuesto el Sr. Rosenne.

70. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, resumiendo la discusión, dice que el artículo 61 parece en general aceptable y él por su parte no tiene inconveniente en que se redacte de nuevo más o menos en los términos que ha propuesto el Sr. Jiménez de Aréchaga.

71. La única diversidad de pareceres parece haberla suscitado la palabra «modificará», y Sir Humphrey está de acuerdo con el Sr. de Luna en que, incluso sin las palabras «ni modificará en ningún sentido sus derechos legítimos» los apartados a) y b) serían suficientes. Incorporó esa frase con objeto de poner de relieve un elemento particular que a menudo se ha planteado en la práctica, en el arbitraje de la *Isla de Palmas*¹⁰, por ejemplo, pero no desconocía que, en rigor, era superflua. Esas palabras podrían omitirse sin afectar al contenido de la norma.

72. Sir Humphrey no tiene gran interés por el párrafo 2, que podría suprimirse. Su objeto era recordar que los Estados pueden hasta cierto punto adquirir ciertas obligaciones, aun antes de entrar a participar en un tratado.

73. La sugestión que ha hecho el Sr. Elias de que se sustituya la palabra «modificará» por la palabra «afectará» no es aceptable, porque esta última es demasiado vaga. Un tratado a veces realmente «afecta» a los derechos de terceros, aun cuando jurídicamente no los «modifique».

74. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, reconoce que la máxima latina *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* expresa la norma de una manera sintética y completa, ya que abarca todo lo que puede ser ventajoso o desventajoso para terceros Estados. Pero, si lo que se quiere es definir el alcance de la norma aludiendo a la imposición de obligaciones y a la concesión de derechos, habrá que decidir todavía si la limitación de un derecho equivale a la imposición de una obligación, cosa que tal vez no siempre ocurra. Sin duda el Comité de Redacción encontrará una solución.

75. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que si ha de mencionarse en el título del artículo la máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, debe colocarse ésta entre paréntesis. En general, la Comisión debe tratar de ser parca en la utilización de máximas latinas tomadas del derecho civil.

76. El PRESIDENTE propone que se remita el artículo 61 al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

734.^a SESIÓN

Viernes 29 de mayo de 1964, a las 10 horas

Presidente: Sr. Roberto AGO

Derecho de los tratados

(A/CN.4/167)

(Continuación)

[Tema 3 del programa]

ARTÍCULO 62 (Tratados que prevén obligaciones o derechos de terceros Estados)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar el artículo 62 de su tercer informe (A/CN.4/167).

2. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que durante el debate sobre el artículo 61 se ha señalado que ese artículo y los dos siguientes tocan en algunos puntos el tema de la sucesión de Estados, a ese respecto desea recordar que en el párrafo 6 de la introducción a su tercer informe se dice que «el examinar hasta qué punto los Estados sucesores pueden constituir excepciones a la norma *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* sería tratar una cuestión fundamental de principio que pertenece a la esencia misma del tema de la sucesión de Estados». Tal vez sea conveniente hacer alguna otra alusión a ese punto en los comentarios a los artículos 61 y 62.

3. En su quinto informe, Sir Gerald Fitzmaurice dedicó veintidós artículos a las normas relativas a los efectos jurídicos de los tratados para los terceros Estados¹. Algunas de esas normas están comprendidas en otras partes del proyecto de artículos aprobado por la Comisión, pero lo esencial de las restantes figura en los artículos 62 a 64. El Relator Especial pide a los miembros que le indiquen cualquier omisión que a su juicio sea fundamental subsanar.

4. Tal vez para la buena marcha del debate convendría que la Comisión se ocupase por separado del párrafo 1 del artículo 62 y examinase el problema de las obligaciones antes de pasar al de los derechos.

5. El principio enunciado en el párrafo 1 consiste en que un tratado no crea obligaciones para terceros Estados a menos que las partes hayan tenido esa intención y ofrecido los medios de aceptar esa obligación, la cual ha de ser aceptada o consentida tácitamente por el tercer Estado, creándose así una especie de obligación colateral entre el tercer Estado y las partes en el tratado. Los términos utilizados en el párrafo 1 han sido escogidos cuidadosamente para evitar que se insinúe toda posibilidad de una imposición de obligaciones. Lo que se prevé es que se invite a un tercer Estado o a unos terceros Estados a participar en una disposición o serie de disposiciones sin por ello ser parte en la totalidad del tratado.

¹⁰ *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II, pág. 829.

¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1960. Vol. II, pág. 67 y siguientes.

6. En un aspecto el asunto de las *Zonas Francas*² constituye un ejemplo del principio enunciado en el párrafo 1. Cabe considerar que tiene interés para la norma el párrafo 2 del Artículo 35 de la Carta, pero Sir Humphrey no está seguro de poder aceptar la opinión que el Sr. Jiménez de Aréchaga expuso en la sesión precedente³, de que el párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta sea además un ejemplo de su aplicación. A juicio de Sir Humphrey, el párrafo 6 del Artículo 2 está concebido de una manera algo diferente y no impone una obligación a los terceros Estados sino a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, a los que pide que cooperen para lograr que los terceros Estados actúen de una manera determinada. Si las obligaciones de la Carta afectan a terceros Estados es porque constituyen la expresión de normas generales de derecho internacional.

7. El PRESIDENTE sugiere a la Comisión que examine en primer lugar el problema de los *pacta in odium*, de que trata el párrafo 1, y luego el de los *pacta in favorem*; ese orden del debate no prejuzgará en modo alguno la forma definitiva del artículo, pues en los ejemplos más frecuentemente citados, incluso en algunos de los seleccionados por el propio Relator Especial, la aquiescencia de la parte interesada supone consentimiento tanto a los derechos como a las obligaciones.

8. El Sr. PESSOU dice que le causó cierta sorpresa la objeción formulada en la sesión precedente al empleo de máximas en latín. A su juicio, esa actitud no es científica, pues el derecho internacional moderno, quierase o no, es herencia del derecho romano. Aunque la mayoría de las máximas formuladas por los grandes juristas romanos son aplicables al derecho interno, las normas que elabora la Comisión para prever todas las nuevas situaciones fueron ya formuladas por esos pensadores romanos.

9. En cuanto al problema que plantea el párrafo 1, se trata de un principio manifiestamente contrario al que se desarrolla en los artículos anteriores. No obstante, los términos en que está redactado el párrafo pueden dar a entender que abarca dos materias diferentes. Hay varias clases de tratados que crean obligaciones para terceros Estados; por ejemplo, los tratados sobre comunicaciones marítimas y fluviales, e incluso los tratados en que se define el estatuto territorial o se fijan fronteras. Una segunda clase comprende los tratados sobre cuestiones económicas—el Sr. Bartoš ha mencionado el ejemplo de la cláusula de la nación más favorecida— o políticas, como en el caso del principado de Liechtenstein. Una tercera clase de tratados que obligan a terceros Estados es la de los que establecen una situación objetiva, tales como los tratados que crean un estatuto político, que puede invocarse frente a Estados que no son partes en el tratado. El Sr. Pessou no encuentra, pues, del todo satisfactorio el texto del párrafo 1, cuyos apartados *a)* y *b)* se refieren a temas completamente distintos.

10. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, agradece profundamente al Sr. Pessou el

homenaje tributado al derecho romano; la razón por la que algunas de las normas elaboradas por los juristas romanos siguen siendo válidas y útiles estriba también en que, al formular esas normas, los romanos no sólo expresaban sus propias ideas sino además el pensamiento de todos los pueblos, tanto orientales como occidentales, con los que habían tenido contacto.

11. El Sr. BARTOŠ dice que desde el punto de vista técnico tiene que felicitar al Relator Especial por la concisión con que ha presentado algunos principios y prácticas seguidos por las grandes Potencias antes de la segunda guerra mundial, al concertar tratados que creaban obligaciones para terceros Estados. Por su parte opina que el principio *pacta tertiis* está anticuado no sólo en la práctica sino también en la doctrina. Duda de que la Comisión deba ocuparse de ese asunto, aun cuando en la práctica subsistan todavía ciertos vestigios de ese procedimiento de conclusión de tratados.

12. En el artículo 62 el Sr. Bartoš ve una contradicción entre la noción expresada en el apartado *b)* del párrafo 1, y la excepción prevista en el apartado *a)* del párrafo 3. Por un lado, se estipula que una disposición de un tratado impone una obligación a un tercer Estado si dicho Estado consiente expresa o implícitamente en esa disposición, y por otro lado se dice que las partes en el tratado pueden modificar la disposición en cualquier momento sin el consentimiento del tercer Estado, a menos que hayan concertado un acuerdo especial con dicho Estado, lo que implica una contradicción.

13. Además, incluso en el supuesto del párrafo 3, puede derivarse una obligación, pues las obligaciones no sólo pueden emanar de los deberes, sino también de los derechos. En el fallo relativo al asunto del *Canal de Corfu*⁴, la Corte Internacional de Justicia ha decidido que un Estado tiene la obligación de cumplir los deberes que se deriven de los derechos que posea. Desde ese punto de vista, la disposición del párrafo 3 es también un vestigio del pasado, de la época en que las grandes Potencias invocaban el derecho a elaborar tratados y a modificarlos luego, sometiendo a los pequeños Estados al régimen de esa manera establecido. El Sr. Bartoš se opone a esa institución tanto desde el punto de vista jurídico como desde el político; pero desde el punto de vista técnico no ve ninguna objeción que oponer al texto propuesto por el Relator Especial, que refleja exclusivamente la práctica seguida hasta el presente, y sobre todo la práctica de las grandes Potencias. Considera que el Relator Especial ha recogido esa práctica en una norma estricta pero exacta.

14. El Sr. PAREDES dice que comenzará por una explicación que cree debida y que hará en los menores términos posibles. No sabe si se equivoca, pero es su íntimo convencimiento que las Naciones Unidas garantizan a los miembros de la Comisión plena libertad de pensamiento y expresión; hasta por su misma constitución que responde a la concurrencia de representantes de las varias tendencias jurídicas del mundo, donde los elementos de hecho y de derecho tienen peculiaridades que los distinguen, creando diferencias de apreciación

² P.C.I.J., 1929, Serie A, Nº 22; P.C.I.J., 1932, Serie A/B, Nº 46.

³ Párrafo 62.

⁴ I.C.J. Reports 1949, pág. 4 y siguientes.

de las relaciones humanas, y un sentido de justicia y de política un tanto distinto. Las representaciones africanas en plena lucha por el fortalecimiento de su libertad, tienen precauciones propias que mantener; América, en vigoroso empuje de civilización, correspóndele otras precauciones que le asaltan; y Europa defiende con altura la gloria de su tradición. Es por eso que cada una mantiene matices propios en el orden jurídico, que le toca sostenerlos. De otro lado, y en cuanto a sus intervenciones, el orador dice que al tratar de cualquier problema en el seno de la Comisión, lo ha hecho en el campo de la teoría pura, no refiriéndose a casos concretos, por lo que no cabe atribuírsele afán de crítica o censura a algunas realizaciones. Puede desprenderse del criterio sostenido tal censura, pero es una consecuencia inevitable de opiniones contrarias.

15. Y refiriéndose ya al artículo 62 del proyecto, encuentra en él incorporados cuatro problemas, correspondientes a sus cuatro párrafos y que se refieren a excepciones a la regla del artículo 61 que mantenía que los tratados son válidos únicamente entre las partes que lo celebraron y no afectan a terceros Estados. Principio que unánimemente se reconoció como básico en las relaciones contractuales. El orador pasa a examinar el alcance y la eficacia de las excepciones del artículo 62.

16. Las partes contratantes pueden imponer obligaciones a quienes no lo son, bajo las siguientes condiciones: a) si tuvieron intención los contratantes de imponerlas; y b) si el tercer Estado ha consentido expresa o *implícitamente* en dicha disposición. Nada tiene que decir cuando el Estado en el libre ejercicio de su competencia consiente expresamente en ello. Pero ese consentimiento debe ser expreso, preciso y determinado; por lo que no acepta que sea válido el mero consentimiento implícito. Es regla muy general en derecho, que las excepciones no se presumen sino que deben constar precisamente. Mucho peor, si se usa una palabra tan vaga como implícito del texto español. Implícito: que pueda presumirse incorporado, que quepa deducirse del contexto o de una actitud.

17. La Comisión que ha defendido con gallardía la plenitud de conocimiento y voluntad en los contratantes para que sea válido el contrato, ¿podrá consentir en que personas extrañas impongan a un Estado de plena capacidad determinadas obligaciones por una presunta aceptación? Los fuertes, las grandes Potencias, siempre estarían en el caso de presumir el consentimiento, con lógica verdadera o falsa para imponer a los débiles una conducta. En vez de facilitar el atropello que esto supondría, el Sr. Paredes es partidario de que se tomen mayores precauciones para obligar a un tercero.

18. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que es preciso no confundir el problema que se estudia con un problema político, que es el de la lucha tradicional de los Estados pequeños contra las grandes Potencias y la actitud que las grandes Potencias adoptan cuando elaboran un tratado con el fin, por ejemplo, de poner término a un conflicto. Evidentemente, en ese caso, la voluntad de las grandes Potencias pesa más, política y materialmente que la de los Estados pequeños. Sin embargo, jurídicamente, los Estados

pequeños que, por ejemplo, se adhirieron al Tratado de Versalles, fueron partes en ese Tratado exactamente del mismo modo que las grandes Potencias, y su adhesión fue jurídicamente voluntaria, pues tenían la posibilidad de no firmar el Tratado de Versalles y de concertar un tratado separado, como algunos de ellos hicieron efectivamente.

19. En el artículo 62 el problema es muy diferente; se plantea la cuestión de saber si un tratado concertado entre dos partes puede crear una obligación para un tercer Estado que no pase a ser parte en el tratado. Al parecer, la propuesta del Relator Especial tenía precisamente por objeto respetar en toda la medida de lo posible la libertad de ese tercer Estado, pues para que la obligación establecida por los Estados partes en el tratado tenga fuerza vinculatoria para el tercer Estado, es menester que éste la acepte. La obligación sólo existe si media un acuerdo entre las partes en el tratado y el tercer Estado. Sería, pues, conveniente eliminar de ese problema todos los aspectos políticos que puedan llevar confusión a los debates.

20. El Sr. BARTOŠ señala que la libertad de los Estados pequeños a dar o negar su consentimiento a obligarse por una disposición de un tratado en el que no son partes es con frecuencia ilusoria en la práctica. Aun cuando una norma teórica establezca que ese consentimiento es necesario, lo cierto es que puede obtenerse mediante coacción directa o indirecta, en especial de carácter económico, y la historia brinda numerosos ejemplos de situaciones de ese tipo. Las normas jurídicas siempre tienen una base política o económica, y sería ocioso formular normas jurídicas sin tomar en cuenta las bases sobre las que descansan, es decir, las realidades históricas y sociológicas, aún en el caso de que se trate de normas de derecho internacional.

21. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que se solidariza íntegramente con el parecer expuesto por el Sr. Bartoš en cuanto a la posición de los pequeños Estados a este respecto. Lo que ha tratado de señalar es que la situación hipotética a que ha aludido el Sr. Bartoš es distinta de la prevista por el Relator Especial en el artículo 62.

22. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que, como señaló el Sr. Jiménez de Aréchaga en la sesión anterior⁵, hay en el proyecto muchas garantías contra las prácticas de la índole descrita por el Sr. Bartoš en virtud de las cuales un Estado es obligado a hacer algo en virtud de un tratado en el que no es parte. Hay casos además de Estados que son obligados contra su voluntad a hacer algo en virtud de tratados en los que se les fuerza a ser partes. Naturalmente, hay casos en que se han infringido los principios del derecho, pero la Comisión se ocupa de las técnicas fundamentales de la estipulación de tratados y de las consecuencias de su conclusión.

23. La norma que Sir Humphrey ha tratado de enunciar en el artículo 62 guarda estrecha relación con las disposiciones del párrafo 2 del Artículo 35 de la Carta, que

⁵ Párrafo 5.

confiere cierto derecho a los Estados no miembros de las Naciones Unidas, pero sólo a condición de que acepten de antemano una obligación muy específica, aunque tal vez ese extremo corresponda más exactamente al párrafo 4 del artículo 62.

24. Es menester redactar el párrafo 1 de modo que quede bien sentado que no se trata de imponer obligaciones a terceros Estados, sino sólo de las obligaciones que esos Estados consientan libremente en aceptar. Ese párrafo trata de un problema muy real, pues hay muchos casos en que los Estados no tienen particular deseo de entrar a participar en un tratado pero consideran de particular interés algunas de sus estipulaciones.

25. El Sr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA dice que está enteramente de acuerdo con el artículo 62 y que admira la forma en que el Relator Especial ha logrado reducir a términos relativamente sencillos un complejísimo elemento del derecho de los tratados.

26. El párrafo 1 trata de una cuestión de verdadera actualidad en el mundo moderno, ya que hay cierto número de tratados multilaterales generales, tales como la Carta de las Naciones Unidas y los tratados de paz celebrados a raíz de la segunda guerra mundial, que contienen disposiciones de interés para terceros Estados. Posiblemente el párrafo 1, por la mención que en él se hace del consentimiento dado por un tercer Estado, constituye en realidad una excepción al artículo 61, y quizá no va bastante lejos en la previsión de todas las posibilidades.

27. Otra omisión del artículo y el comentario que quizá cause sorpresa en algunos sectores es la de toda referencia al principio enunciado en el párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas que ha pasado a ser en la actualidad parte integrante de la doctrina jurídica reconocida, principio que, según se estima, impone obligaciones o por lo menos modifica los derechos de Estados no miembros, particularmente en cuanto se les exige que se abstengan de hacer uso de la fuerza o de la amenaza de la fuerza. Kelsen ha llegado incluso a afirmar que todos los Estados se han convertido, por así decirlo, en miembros pasivos de las Naciones Unidas, a pesar de que sólo los Miembros efectivos pueden ejercer los derechos que confiere la Carta⁶. El Sr. Verdross, en un importante estudio, ha dicho que el párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta es una norma revolucionaria⁷ y el jurista danés Ross ha sostenido que el fundamento de la obligación para los Estados no miembros estriba en el hecho de que las normas enunciadas en la Carta representan la voluntad de la gran mayoría de los Estados; según dice «nada tiene de extraño que esa pretensión se considere legítima y capaz realmente de adquirir fuerza obligatoria; lo que aquí ocurre no es distinto de lo que ocurre con la creación de todo derecho consuetudinario. En ambos casos la actitud jurídica se basa en la norma fundamental de la legislación internacional, es decir, que la convicción jurídica manifiesta de la gran

mayoría de los Estados es también obligatoria para la minoría restante»⁸.

28. Los documentos de la Conferencia de San Francisco y el propio texto de la Carta corroboran la opinión de que la legitimidad de imponer tal obligación o de modificar los derechos de los Estados no miembros prohibiéndoles el uso de la fuerza y creando un deber de resolver todas las controversias internacionales exclusivamente por medios pacíficos se funda en la voluntad de la gran mayoría de la comunidad internacional, que habla en nombre del principio de la indivisibilidad de la paz y establece en tal virtud una norma fundamental de derecho para todos los Estados. Un acontecimiento tan importante no puede pasarse en silencio.

29. El Sr. VERDROSS dice que el principio enunciado en artículo 62 le parece correcto y que el único problema es el de si hay excepciones a ese principio. La cuestión de la autonomía de la voluntad rebasa el ámbito del artículo 62 y se suscita en todos los casos en que entre en juego el consentimiento de los Estados. La cuestión que hay que resolver a propósito del artículo 62 es la de la posibilidad del consentimiento implícito. Se trata de una cuestión difícil, ya que la palabra «implícito» puede entenderse en un sentido tan lato que abarque una aceptación que no es en realidad aceptación auténtica. Es innegable la existencia de tratados cuyo objeto es obligar a un tercer Estado; los dos casos más conocidos son el de la creación de la Ciudad Libre de Danzig⁹ y el de la creación del Territorio Libre de Trieste¹⁰. En ambos casos el tratado señaló las bases de la constitución de esos Estados. En consecuencia, mal puede decirse que los Estados interesados aceptaran implícitamente la obligación, ya que ello hubiera supuesto por su parte la posibilidad de optar entre la negativa y el consentimiento. De todos modos, la Comisión no debe extenderse demasiado en esta cuestión ya que se trata de casos excepcionales que sólo pudieron producirse porque los territorios en que se crearon estas nuevas entidades se encontraban bajo la jurisdicción de una de las partes contratantes.

30. La cuestión que ha suscitado el Sr. Jiménez de Aréchaga acerca de la Carta de las Naciones Unidas es más importante. A primera vista, podría decirse que las obligaciones nacidas del principio que prohíbe el recurso a la fuerza y la obligación de resolver todas las controversias por medios pacíficos, existían ya en el Pacto Briand-Kellogg¹¹, pero ese Pacto sólo prohibía la guerra, mientras que la Carta condena el uso, e incluso la amenaza, de la fuerza en todos los casos salvo en el de legítima defensa. Al crear una organización mundial la Carta ha previsto que esas obligaciones alcancen también a los Estados no miembros. Es cierto que el párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta sólo impone obligaciones directas a los Estados Miembros. Pero también obliga indirectamente a los Estados no miembros. Prueba de ello es que el Artículo 39 prevé que el Consejo de Seguridad puede

⁶ H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, Londres 1950, Stevens, págs. 106 a 110.

⁷ Académie de droit international, *Recueil des Cours*, 1953, II, Vol. 83, pág. 16.

⁸ A. Ross, *Constitution of the United Nations*, Copenhague, 1950, pág. 32.

⁹ Tratado de Versalles, Parte III, Sección XI.

¹⁰ United Nations *Treaty Series*, Vol. 235, pág. 100 y siguientes.

¹¹ League of Nations *Treaty Series*, Vol. XCIV, pág. 57 y siguientes.

ordenar medidas coactivas respecto incluso de un Estado no miembro que viole los principios fundamentales de la Carta.

31. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que en el período de sesiones anterior hubo acuerdo general sobre que determinadas disposiciones de la Carta son la última y más autorizada exposición de los principios generales del derecho internacional que son aplicables a todos los Estados. No obstante, Sir Humphrey vacilaría antes de aceptar la interpretación que ha dado al párrafo 6 del Artículo 2 el Sr. Jiménez de Aréchaga o de suscribir la tesis de que la Carta es un tratado que obliga a terceros Estados.

32. El Sr. YASSEEN dice que está de acuerdo en gran parte en que los principios cuya aplicación la Carta de las Naciones Unidas parece extender a los Estados no miembros son principios fundamentales del orden internacional que han quedado recogidos en la Carta o han pasado a tener fuerza obligatoria como costumbre internacional desde la creación de las Naciones Unidas.

33. Técnicamente el Sr. Yasseen no tiene nada que objetar a la norma contenida en el párrafo 1 del artículo 62. Por lo que se refiere a la redacción, sin embargo, considera que en el apartado a) no se pone con claridad de relieve que la obligación sólo nace por el consentimiento del tercer Estado y sólo a partir de la fecha en que ese Estado ha dado tal consentimiento. Las partes en un tratado no pueden crear una obligación que vincule jurídicamente a un tercer Estado; lo único que puede hacer es proponerla. Además, en el apartado b), sería preferible exigir el consentimiento expreso, con objeto de evitar dificultades y malas interpretaciones.

34. El Sr. AMADO dice que hay que aplaudir al Relator Especial por haber señalado en su comentario que para estudiar esta materia la Comisión debe basarse en la práctica de los Estados más que en el derecho romano o en la analogía con los ordenamientos jurídicos nacionales. La labor de la Comisión consiste en codificar normas de derecho consuetudinario o normas que están ya en la conciencia de las naciones y que merecen ser codificadas para que surtan sus efectos como normas de derecho internacional. Es cierto también que la norma enunciada en el artículo 61 es uno de los baluartes de la independencia y la igualdad de los Estados, según se dice en el párrafo 3 del comentario.

35. De todos modos, aunque el artículo 62 es muy claro en lo que respecta a la creación de derechos para terceros Estados, lo es mucho menos en cuanto a la creación de obligaciones que pueden invocarse respecto de terceros Estados. Sobre todo el artículo se proyecta la sombra espectral de ese acuerdo que el Relator Especial califica de «colateral» y en virtud del cual cuasipartes en un tratado aceptan obligaciones consignadas en él por las partes. La observación del Sr. Yasseen es muy oportuna: las obligaciones de ese tipo sólo pueden proponerse a los terceros Estados. Es de señalar que el comentario del Relator Especial no da un solo ejemplo de tratado que haya creado obligaciones para terceros Estados; los casos que menciona son sólo ejemplos de creación de derechos. En consecuencia, al Sr. Amado le parece algo difícil aceptar la disposición tal como está redactada.

36. El artículo 62 es sin duda una disposición necesaria. La voluntad de un Estado puede ser manifiesta, pero también puede ocurrir que esté encubierta o incluso que no se haya expresado, como se da a entender con la palabra «implícitamente». Podría mejorarse el artículo si se le hicieran algunas modificaciones y quedase redactado en términos más concisos. Por otra parte, la Comisión debería indicar qué tipo de tratado puede crear obligaciones para terceros Estados y hacer alguna referencia a la Carta de las Naciones Unidas.

37. El Sr. DE LUNA dice que irá aun más lejos que el Sr. Amado; el Relator Especial no ha citado ningún ejemplo de *pactum in obligandum tertii* por la sencilla razón de que no existe ningún tratado de esa clase. No conoce un solo ejemplo de tratado que haya creado verdaderamente obligaciones para un tercer Estado sin tener en cuenta la voluntad de tal Estado. Ni siquiera el Tratado de Versalles fue realmente un tratado de esa índole: las Potencias centrales fueron obligadas a cumplir ciertas disposiciones de ese tratado, no en virtud del tratado mismo, sino en virtud de los tratados de paz que cada una firmó posteriormente. No hay duda de que existen tratados cuyos efectos perjudican a terceros Estados, pero en esos casos no puede hablarse de obligaciones creadas para terceros Estados. Los tratados que crean obligaciones para los nacionales de terceros Estados, como los tratados de extradición, constituyen un caso diferente.

38. El Relator Especial pone muy de relieve en el párrafo 3 de su comentario que es menester siempre el consentimiento del tercer Estado para que éste quede obligado por una disposición de un tratado en el que no es parte, y esa condición se halla indicada en el apartado b) del párrafo 1 del artículo. Pero, en ese caso, si el tercer Estado consiente, o bien se ha adherido al tratado, o bien ha concertado otro tratado, y en este otro tratado pensaba el Relator Especial al referirse a un «acuerdo colateral». Este es el fondo de la cuestión. Si el tercer Estado consiente, deja de ser un tercer Estado y el fundamento real de su obligación no reside en el primer tratado, sino en el consentimiento subsiguiente. Por lo tanto, la penúltima frase del párrafo 3 del comentario se presta a la crítica.

39. Existe otro problema importante al que ha aludido el Sr. Bartoš: el problema de la revocabilidad, que se plantea tanto en relación con las obligaciones como en relación con los derechos. De tener razón al pensar que la obligación de un tercer Estado dimana no del tratado inicial, sino del «acuerdo colateral», la obligación no es entonces revocable; la cuestión de la revocabilidad se suscita en relación con las normas relativas a la extinción de los tratados y se halla ligada a la norma sobre la denuncia unilateral de un acuerdo o tratado.

40. A juicio del Sr. de Luna, la Comisión no necesita ocuparse del párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta a propósito del artículo 62 del proyecto. La Carta es un caso excepcional y esa disposición no tiene en realidad relación alguna con el artículo 62.

41. El párrafo 1 es en substancia correcto. No obstante, sería mejor suprimir las palabras «o implícitamente», ya que el consentimiento debe ser expreso. Además,

la cláusula de que se trata no debe figurar bajo el título que se ha dado al artículo 62, ya que en realidad no se ocupa de tratados «que crean» obligaciones para terceros Estados.

42. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que el título del artículo 62 en el texto francés — «*Traités créant des obligations, etc...*» — puede dar origen a malas interpretaciones, porque no recoge fielmente el significado de la frase «*treaties providing for obligations*». Nunca ha sido su intención sugerir que un tratado pueda crear por sí mismo obligaciones para terceros Estados.

43. El Sr. LACHS dice que celebra la declaración que ha hecho el Relator Especial en su comentario de que, si bien existen, sin duda, analogías pertinentes con los sistemas nacionales del derecho de los contratos, la Comisión debe fundar sus conclusiones en la práctica seguida con los Estados y en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales. Personalmente, el Sr. Lachs, iría incluso más lejos y afirmaría que la materia objeto del artículo 62 constituye un fenómeno peculiar de las relaciones internacionales.

44. La Comisión debe enunciar claramente el principio de que las conferencias y negociaciones internacionales que llevan a la preparación de instrumentos internacionales deben celebrarse con la participación de todos los Estados interesados. Si este principio se aplica íntegramente se evitará la necesidad de estipulaciones en favor de terceros. En las condiciones actuales, no obstante, pueden darse casos en que, por razones puramente subjetivas dimanantes de la voluntad de las partes negociadoras, una parte interesada no sea invitada a asistir a las deliberaciones que culminen en un tratado, aun cuando el tratado sea efectivamente de interés para ella. Cabe aducir ejemplos recientes de Estados negociadores que deseaban colocar a un Estado interesado ante un hecho consumado e imponerle las disposiciones de un tratado. Por lo tanto, una evolución progresiva del derecho internacional, a la que debe hacerse referencia en el comentario, consistiría en exigir que el Estado o Estados interesados deben ser consultados con anterioridad a la formulación de cualquier disposición que entrañe obligaciones para ese o esos Estados. En caso de que el Estado o los Estados interesados den su aquiescencia, la obligación aceptada de este modo no se basará en un «acuerdo colateral» sino en el instrumento original.

45. Las disposiciones del párrafo 1 precisan que el tercer Estado debe dar su consentimiento. Pero el hecho de que en el apartado a) se emplee el término «implícitamente» suscita la pregunta de si cabe considerar el silencio como aquiescencia. En vista del laudo del magistrado Huber en el caso de la *Isla de Palmas*¹², la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. En apoyo de esta opinión, el Sr. Lachs puede citar, en la práctica polaca, el procedimiento promovido por *Feldman* contra el Ministerio de Hacienda polaco en 1921, relativo a la Convención de Berna de 1890 y también las resoluciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional con respecto a la aplicación de la Convención de Barcelona

de 20 de abril de 1921, sobre el régimen de las vías navegables de interés internacional¹³, en la que Polonia no era parte.

46. Los casos previstos en el párrafo 1 constituyen una excepción a la regla general; pero esa excepción es, a su vez, objeto de excepciones. En primer lugar, las condiciones objetivas y las diversas circunstancias pueden crear una situación en la que no quepa pretender, e incluso en la que no sea necesario, el consentimiento del Estado. Los intereses de la paz y la seguridad internacional pueden exigir la adopción de ciertas medidas contra un Estado agresor, a fin de prevenir la agresión o la infracción de derechos vitales para los Estados amantes de la paz. Ese resultado puede lograrse imponiendo ciertas obligaciones a un Estado culpable de guerra de agresión y estableciendo principios para salvaguardar la paz en el futuro. Así, al final de la segunda guerra mundial, se impusieron ciertas medidas a los Estados agresores y no se solicitó que diesen su consentimiento.

47. Otro ejemplo es el de ciertas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, sobre todo las disposiciones del párrafo 6 del Artículo 2 y del párrafo 2 del Artículo 35. No obstante, existe una diferencia entre estas dos disposiciones; el párrafo 6 del Artículo 2 se ocupa de una cuestión de fondo y se refiere a los principios de la Carta, que deben considerarse expresión del derecho internacional y obligatorios para todos los Estados, mientras que el párrafo 2 del Artículo 35 se ocupa de las disposiciones adoptadas en virtud de la Carta, es decir, de cuestiones de procedimiento. Por esta razón, el Artículo 35 concede una opción a los Estados no miembros interesados. Si esos Estados no consenten en aceptar las obligaciones especificadas en el mismo, no tendrán acceso al Consejo de Seguridad. Las disposiciones del párrafo 6 del Artículo 2, en cambio, no conceden opción alguna a los Estados no miembros y sería pertinente indicar que el supuesto contemplado en ese párrafo constituye una excepción a las disposiciones del artículo 62.

48. El Sr. Lachs sugiere que se suprima en el párrafo 1 la referencia al consentimiento implícito, que se tengan en cuenta los casos excepcionales en que cabe dispensar el consentimiento del tercer Estado y que en el comentario se mencione la conveniencia de que todos los Estados interesados participen en la negociación de un tratado.

49. El Sr. CASTRÉN, refiriéndose al párrafo 1, dice que es difícil presumir que un Estado pueda quedar obligado por una disposición de un tratado concertado por otro Estado; por consiguiente, sería más prudente estipular que es necesario el consentimiento expreso del tercer Estado. Si la Comisión opina que puede bastar el consentimiento implícito, debe subrayar, por lo menos en el comentario, que ese consentimiento se dé en términos tan inequívocos que no pueda haber lugar a dudas en cuanto a las intenciones del Estado.

50. El Sr. TUNKIN duda de que el caso previsto en

¹² *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II, págs. 866 a 871.

¹³ *Permanent Court of International Justice*, 1929, Serie A, N.º 23, Fallo N.º 16, pág. 18 y siguientes.

el párrafo 1 del artículo 62 constituya una verdadera excepción al principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Se trata de una ampliación de la esfera de aplicación de un tratado a un Estado que no es parte en él.

51. La base de todas las normas de derecho internacional, ya sean convencionales o consuetudinarias, es el acuerdo de los Estados. Por tanto, no es correcto en rigor decir que las obligaciones de un Estado puedan tener su origen en un tratado en el cual este Estado no es parte. El tratado como tal no es nunca fuente de obligaciones para una tercera parte; el consentimiento de ésta es esencial.

52. El problema que se plantea es el de determinar, en cada caso particular, si existe el consentimiento de la tercera parte. El Relator Especial ha especificado muy acertadamente las dos condiciones esenciales: en primer lugar, es menester que las partes en el tratado inviten al tercer Estado a aceptar las obligaciones y, en segundo lugar, es preciso que este tercer Estado dé su consentimiento. Este consentimiento puede manifestarse mediante un acuerdo más o menos formal, y sobre este punto el Sr. Tunkin comparte los temores de algunos oradores anteriores sobre la utilización del término «implícitamente». Por ello, sugiere que se supriman las palabras «expresa o implícitamente»; en cada caso particular, el saber si se ha dado el consentimiento será una cuestión de interpretación.

53. El Sr. Tunkin comparte la opinión del Sr. Lachs de que ciertos tratados pueden obligar a terceros Estados. Por ejemplo, los acuerdos sobre Alemania firmados por las Potencias Aliadas al final de la segunda guerra mundial obligan indudablemente a los dos Estados sucesores que existen actualmente en Alemania. Esta obligación se basa en la responsabilidad de los Estados: los tratados relativos a Alemania son obligatorios debido a la responsabilidad internacional en que incurrió este país por haber hecho una guerra de agresión. Se le impusieron estos tratados como sanción por la agresión.

54. Por supuesto, ha habido casos en que los Estados participantes en la conclusión de un tratado no han invitado a ciertos Estados a participar en las negociaciones, sino que les han impuesto el tratado. Sobre este aspecto de la cuestión, el Sr. Tunkin suscribe la opinión del Sr. Bartoš. Esta cuestión debería mencionarse en el comentario.

55. Por lo que se refiere al párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta, está claro que no impone obligación alguna a terceros Estados. Ese párrafo se basa en la hipótesis de que los principios de la Carta eran ya obligatorios para todos los Estados antes de que ésta se redactase en cuanto principios de derecho internacional general y en el supuesto de que todos los Estados deben actuar de conformidad con dichos principios «en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales». Lo que la Carta sí impuso a los Estados Miembros de las Naciones Unidas fue la obligación de tomar medidas cuando un Estado que no fuese miembro se condujese de manera contraria a los principios de la Carta.

56. El Sr. BRIGGS dice que el párrafo 1 es aceptable, salvo la palabra «implícitamente»; apoya la propuesta

del Sr. Tunkin de que se suprima la frase «expresa o implícitamente».

57. Ha señalado el Sr. Jiménez de Aréchaga que el artículo 62 no constituye en realidad una excepción porque en él se prevé el elemento de consentimiento. El proyecto de artículos trata del consentimiento necesario para que un tratado tenga fuerza vinculatoria y el artículo 62 se refiere a la situación en que un Estado acepta las obligaciones emanadas de ciertas disposiciones de un tratado sin convertirse realmente en parte de éste. Con objeto de disipar alguno de los temores que se han manifestado y de insistir como es debido en la necesidad del consentimiento del tercer Estado, el Sr. Briggs propone que se invierta el orden de los apartados *a)* y *b)*. El orden actual es lógico pero quizá el alejarse algo de la lógica haga que se ponga más de relieve el elemento del consentimiento. El párrafo 1 podría entonces quedar redactado más o menos de la manera siguiente:

« Un Estado que no es parte contratante de un tratado quedará obligado por una disposición de dicho tratado si ha dado su consentimiento a ella cuando las partes en el tratado hayan tenido la intención de crear mediante esa disposición una obligación jurídica que afecte a ese Estado o a la categoría de Estados a que pertenezca.»

58. El Sr. REUTER dice que en el párrafo 1, lo mismo que en otros varios artículos del proyecto, se ha hecho manifiestamente un intento sincero de basar las obligaciones de los Estados exclusivamente en la libre voluntad de éstos. En el curso del debate los miembros de la Comisión se han visto en la necesidad de señalar excepciones a ese principio. Se ha hablado, por ejemplo, de las obligaciones impuestas a un Estado creado por un tratado; pero éste es un problema especial que habrá de examinarse más adelante. El Sr. Tunkin se ha referido a los principales tratados de paz concertados por un grupo de Potencias en representación de toda la comunidad internacional; en ese caso, lo principal es que esos tratados — tanto si se les considera derivados de la noción de responsabilidad como fundados en la idea de la sanción — reconocen la existencia de una especie de gobierno internacional *de facto*.

59. Puede muy bien ser que el párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta se refiera a normas ya vigentes, pero el caso es que confiere derechos a una Organización que no existía anteriormente, y constituye, por tanto, una excepción al principio en que se basa el artículo 62. Otros oradores han dicho que los principios generales del derecho internacional constituyen otra excepción, ya que se les atribuye mayor fuerza que a los tratados. Aunque suscribe esa opinión, el Sr. Reuter se permite recordar a la Comisión que en el párrafo 4 del comentario al artículo 37, adoptado en el anterior período de sesiones¹⁴, se reconoció que era posible establecer nuevas normas de *ius cogens*.

60. La Comisión ha precisado en las definiciones incluidas en la parte I del proyecto, adoptado en el decimocuarto período de sesiones, que sólo se ocupa

¹⁴ Documentos oficiales de la Asamblea General, decimocuarto período de sesiones, Suplemento N.º 9, pág. 13.

de tratados y acuerdos consignados por escrito¹⁵. Se plantea pues el problema de saber si, en el artículo 62, la Comisión piensa hacer una mención de manifestaciones de voluntad de los Estados que no constituyen acuerdos por no estar consignadas por escrito. La palabra «acuerdos» figura en el apartado *a*) del párrafo 3, ¿debe deducirse de ello que la norma enunciada en el párrafo 1 se aplicará cuando no haya «acuerdo»? El Sr. Reuter cree, lo mismo que el Sr. Tunkin, que sería mejor utilizar una expresión como «consentimiento formal u oficioso» ya que el consentimiento puede ser perfectamente explícito aun cuando sea oficioso.

61. El PRESIDENTE dice que, aunque la Comisión haya efectivamente decidido limitar su estudio a los acuerdos consignados por escrito, no niega por ello la existencia de otras formas de acuerdo. En los artículos adoptados en los últimos períodos de sesiones, se ha previsto en varias ocasiones que el consentimiento no sólo puede otorgarse por escrito; por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 19, se ha previsto que la aceptación de una reserva puede ser «expresa o tácita»¹⁶. La Comisión reconoce que el consentimiento puede darse de distintas maneras y considera que lo esencial es que sea auténtico.

62. Hablando como miembro de la Comisión, dice que no tiene inconveniente en que se supriman las palabras «expresa o implícitamente» en el párrafo 1; en ese caso, como ha observado el Sr. Tunkin, la cuestión de si el Estado ha dado su consentimiento será un problema de interpretación. En cambio, si la Comisión conserva sólo la palabra «expresamente», negará con ello la existencia de formas de consentimiento que son perfectamente auténticas y aceptables. Por ejemplo, si en un tratado se propone la neutralización de un tercer Estado y éste establece su neutralidad mediante una ley nacional al efecto, es evidente que da su consentimiento, aun cuando ese consentimiento no se exprese en una respuesta oficial a las partes en el tratado.

63. A juicio del Sr. Ago, el párrafo 1 se refiere al caso en que dos Estados estipulan un tratado en el que se propone a un tercer Estado ya existente que acepte una obligación determinada; si éste último consiente, su consentimiento tiene por efecto la creación de un acuerdo distinto. Por otra parte, cabe también prever un caso en el cual las obligaciones estipuladas están ligadas a la creación de un nuevo Estado. Ese Estado no puede dar su consentimiento puesto que todavía no existe. ¿Considera el Relator Especial que este caso está regido por el artículo 62?

64. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, contesta que esos casos probablemente estarían comprendidos en el artículo 63, pero ha de reservar su opinión a ese respecto, ya que no sabe aún como quedará redactado el artículo 63 después de las deliberaciones de la Comisión, si es que llega a subsistir como artículo distinto del 62.

¹⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1962, Vol. II, pág. 186.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 203.

65. El Sr. ELIAS está dispuesto a aceptar el párrafo 1 con algunas modificaciones.

66. Parece haber cierta confusión con respecto al requisito del consentimiento previsto en el apartado *b*) y posiblemente también con respecto a la enunciación del apartado *a*), confusión que en parte se debe a que en el párrafo 1 no se traza una distinción entre los tratados multilaterales generales y los demás tratados. En el comentario debería hacerse alguna alusión a los tratados multilaterales generales como la Carta de las Naciones Unidas, tratados que constituyen excepciones a la regla de que el consentimiento del tercer Estado es necesario.

67. Respecto al párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta, el Sr. Elias dice que esa disposición especifica dos obligaciones; la primera consiste en la obligación que incumbe a los Estados Miembros de hacer que los Estados no miembros acaten los principios de la Carta, y la segunda en la obligación de los Estados no miembros de no poner en peligro la paz.

68. Los tratados bilaterales, así como los multilaterales que no tienen carácter general, no pueden imponer a un tercer Estado obligaciones que ese Estado no quiera aceptar. El problema podría reducirse a determinar si el consentimiento otorgado por el tercer Estado ha sido auténtico. La cuestión es delicada y la Comisión debería tener en cuenta la sugerencia de que todos los Estados interesados sean invitados a participar en las negociaciones del tratado de manera que el consentimiento del tercer Estado pueda ser otorgado en el tratado mismo.

69. En el apartado *a*) del párrafo 1 la expresión «la categoría de Estados a que pertenezca» podría suscitar dificultades; el comentario no da ninguna explicación ni cita ningún autor en apoyo de esa expresión.

70. El Sr. Elias propone que se modifique el párrafo 1 en los términos siguientes:

« Un Estado quedará obligado por una disposición de un tratado en el que no sea parte si el tratado expresa la intención de las partes de crear una obligación jurídica que vincule a tal Estado y éste ha dado su consentimiento a dicha disposición.»

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

735.^a SESIÓN

Lunes 1.º de junio de 1964, a las 15 horas

Presidente: Sr. Roberto AGO

Recepción del Sr. Ruda

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Ruda, que asiste por primera vez a las deliberaciones de la Comisión por haber sido elegido en sustitución del Sr. Padilla Nervo.