

736.<sup>a</sup> SESIÓN

Martes 2 de junio 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) (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del artículo 62, cuyo texto figura en el informe del Relator Especial (A/CN.4/167).

*Párrafo 2*

2. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que la cuestión de los derechos conferidos a terceros Estados, de que trata el párrafo 2, es complicada y se preste a discusión. El ejemplo principal es el de las *Zonas Francas*<sup>1</sup>, pero no es fácil determinar las consecuencias precisas de la opinión emitida por la Corte Permanente. El Relator Especial ha expuesto con algún detalle en el comentario las consideraciones que le llevaron a la conclusión, expresada en el párrafo 2, de que un tratado puede, por sí, crear en favor de un tercer Estado un derecho que dicho Estado puede aceptar o rechazar. Huelga decir que no se trata de imponer un derecho. En apoyo de su opinión, Sir Humphrey cuenta con el parecer de los anteriores relatores especiales sobre el derecho de los tratados y del Sr. Jiménez de Aréchaga, en un artículo publicado en el *American Journal of International Law* (1956), citado en el comentario; en cambio, otros tratadistas como McNair y Rousseau no comparten esa opinión y el orador por su parte no suscribe la interpretación que ellos dan del asunto de las *Zonas Francas*.

3. Si se mantiene la tesis de que un tratado puede sólo establecer un medio de crear un derecho pero no el derecho propiamente dicho sin alguna forma específica de aceptación por el tercer Estado, ello significaría que el derecho no nacería del tratado sino de otro acuerdo colateral entre las partes en el tratado y el tercer Estado. En ese supuesto, si se plantea cualquier cuestión de revisar el tratado o ponerle fin, serán aplicables las normas usuales y hará falta el consentimiento del tercer Estado. Pero si se considerase que el tratado ha establecido un verdadero derecho en favor del otro Estado, cabría alegar que las partes en el tratado, en cuanto creadoras unilaterales del derecho, están en libertad de proceder como mejor les parezca en lo que respecta a la revisión o extinción del tratado, prescindiendo del tercer Estado. En esto tal vez consista la diferencia fundamental entre las dos tesis.

4. Existe un vínculo real y tal vez cierta superposición entre los artículos 62 y 63 y sin duda preferirán los miembros reservar su posición definitiva hasta que la Comisión haya manifestado su opinión sobre el tema de los regímenes objetivos.

5. Durante el examen del párrafo 1, el Sr. Elias criticó el empleo en el texto inglés de la palabra «class», empleada también en el párrafo 2. Su empleo es normal en la terminología jurídica inglesa, pero podría reemplazarse por «group» «category»; se trata exclusivamente de prever los casos en que los Estados beneficiarios están designados de un modo general. Por lo que respecta al párrafo 1, es muy poco probable que se den muchos casos de creación de obligaciones para una categoría de terceros Estados. Pero cuando se trate de derechos, la probabilidad es mucho mayor; basta mencionar, a título de ejemplo, el Mandato en el asunto de *Africa Sudoccidental*<sup>2</sup> el Acuerdo sobre administración fiduciaria en el caso del *Camerún Septentrional*<sup>3</sup> y las cláusulas de los tratados de paz relativas a las reparaciones, que con bastante frecuencia abarcan a los países aliados que no estaban en guerra con un beligerante determinado y que, por consiguiente, no son parte en su tratado de paz.

6. El Sr. VERDROSS dice que, en virtud del párrafo 2, la creación de un derecho a favor de un tercer Estado mediante un tratado celebrado entre otros dos Estados, se supedita al cumplimiento de dos condiciones. La primera de esas condiciones — que las partes en el tratado hayan tenido la intención de crear ese derecho — es positiva; la segunda — que ese derecho no haya sido rechazado, expresa o tácitamente, por el tercer Estado — es negativa.

7. Hay que distinguir, sin embargo, entre la existencia de un derecho creado en favor de un tercer Estado por un tratado celebrado entre otros dos Estados, y el ejercicio efectivo por el tercer Estado del derecho que de tal modo se le ha conferido. El derecho existe desde el momento en que el tratado entra en vigor, pero su ejercicio depende de la voluntad del tercer Estado. El apartado b) del párrafo 2 no parece, pues, ajustarse a la realidad jurídica, aun cuando se interprete en el sentido de que el tercer Estado podría renunciar al derecho que le hayan conferido otros Estados; en ese caso, sin embargo, ese apartado sería innecesario, pues siempre cabe la posibilidad de renunciar a un derecho.

8. A juicio del Sr. Verdross, la creación de un derecho en favor de un tercer Estado está subordinada únicamente a la condición de que las partes en el tratado hayan expresado el deseo de crear ese derecho. Este caso es enteramente distinto del previsto en el párrafo 1 del artículo; si bien no es posible imponer una obligación a un tercer Estado, no hay razón para que no deba concedérsele un derecho, aun cuando no haya manifestado si desea o no recibirlo.

9. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que en lo esencial no discrepa del juicio expresado por el Sr. Verdross, pero desea aclarar que, según el párrafo 2, para que un Estado pueda invocar un derecho habrán de cumplirse dos condiciones, a saber, que exista la

<sup>1</sup> P.C.I.J., 1929, Serie A, N.º 22; P.C.I.J., 1932, Serie A/B, N.º 46.

<sup>2</sup> I.C.J. Reports, 1950, pág. 128 y siguientes.

<sup>3</sup> I.C.J. Reports, 1963, pág. 15 y siguientes.

estipulación por la que se crea el derecho y que el Estado interesado no haya renunciado a él. En el párrafo se enuncia la norma indicando las condiciones necesarias para que el derecho pueda ser invocado en cualquier momento.

10. El Sr. CASTRÉN dice que el párrafo 2 plantea a la Comisión un problema muy difícil y discutible. Según se desprende del comentario del Relator Especial, muchos tratadistas, en especial Rousseau y McNair, mantienen que los tratados, salvo los de carácter «objetivo», no pueden crear por sí mismos un derecho efectivo en favor de un tercer Estado. Por otra parte, los tres relatores especiales precedentes sobre el derecho de los tratados, así como el Sr. Jiménez de Aréchaga y otros autores, han adoptado el criterio opuesto, que el propio Relator Especial comparte.

11. Analizando el razonamiento del Relator Especial, el Sr. Castrén dice que no parece posible aducir en apoyo de su tesis las disposiciones de algunos tratados, casi todos recientes, ni las opiniones de ciertos tribunales, ya que no constituyen una práctica suficientemente clara y general. El fallo definitivo de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las *Zonas Francas*, citado por el Relator Especial en el párrafo 15 de su comentario, no ha resuelto ni la cuestión de si se pueden crear verdaderos derechos en favor de terceros Estados sin su consentimiento ni el problema de la posibilidad de revocación de un derecho derivado de una *stipulation pour autrui*. En el artículo citado por el Relator Especial, el Sr. Jiménez de Aréchaga ha reconocido que, si bien es posible crear un derecho en favor de un tercer Estado sin su consentimiento, ese Estado no puede sin embargo verse obligado a ejercitar ese mismo derecho.

12. Por lo que respecta a la práctica de los Estados, y en especial a los tratados de paz concluidos después de la segunda guerra mundial, el Relator Especial ha examinado con bastante detenimiento el Tratado de Paz con Finlandia <sup>4</sup> y las negociaciones entabladas por este país con los Estados Unidos con miras a obtener una indemnización para los propietarios finlandeses de buques requisados en puertos de los Estados Unidos durante la guerra. A juicio del Sr. Castrén, las declaraciones y los actos del Departamento de Estado discrepan de la tesis mantenida por el Relator Especial, quien en el párrafo 19 del comentario indica que la respuesta del Departamento de Estado fué la siguiente: «Dado que los Estados Unidos no fueron parte en el tratado de paz con Finlandia, los Estados Unidos no tenían derecho alguno a beneficiarse del mismo, a menos que realizaran un acto positivo y expreso por el que se indicase la aceptación del beneficio.» La cuestión de los barcos finlandeses fue finalmente resuelta por vía legislativa y no se llegó a formular ninguna conclusión definitiva sobre la cuestión de las consecuencias jurídicas de las estipulaciones a favor de tercero.

13. No obstante, y aunque no está de acuerdo con la interpretación de la jurisprudencia y la práctica de los Estados dada por el Relator Especial, el Sr. Castrén

acepta en principio las nuevas ideas en que se inspiran las normas propuestas. De todos modos, habrá que hacer algunos cambios en el texto.

14. En el apartado b) del párrafo 2 se dispone que un tercer Estado puede invocar un derecho previsto en un tratado en el que no es parte si ese derecho no ha sido rechazado de algún modo o otro. Por las razones que ya ha aducido, el Sr. Castrén propone que se adopte un criterio diferente y positivo, a saber, una aceptación definida, tácita o no, que pueda manifestarse, por ejemplo, mediante el ejercicio del derecho conferido. Ese acto de aceptación no constituye forzosamente un acuerdo colateral entre el tercer Estado y las partes en el tratado principal, lo cual excluye la posibilidad de que las partes modifiquen o anulen el derecho de que se trate; aunque ese derecho puede conferirse con la reserva de poder revocarlo unilateralmente. Por otra parte, aun cuando sea posible hablar de aceptación expresa o implícita, ¿qué es lo que quiere decirse con la renuncia implícita? Si con ello se quiere decir que el tercer Estado se abstiene de ejercer el derecho que se le ha conferido, ¿cuánto tiempo habrá de transcurrir para que pueda decirse que se ha perdido definitivamente ese derecho? Es difícil fijar un límite tanto para la renuncia como para la aceptación.

15. En el apartado a) del párrafo 3, en lugar de hacer referencia a un acuerdo especial entre las partes en el tratado y el tercer Estado titular del derecho, sería preferible expresar que las partes en el tratado han declarado que el derecho del tercer Estado es irrevocable, o que, por un período concreto o indefinido, no ejercerán su derecho a modificar o anular la disposición de que se trate. Algunos autores mantienen que esa declaración podría ser revocada por un nuevo tratado celebrado entre las partes en el primer tratado sin el consentimiento del tercer Estado, pero esa tesis sólo puede aceptarla con algunas reservas. Si el tercer Estado ha ejercido ya su derecho y, al hacerlo, por ejemplo, ha incurrido en gastos considerables, sería injusto privarle de ese derecho unilateralmente. Por tanto, debe preverse esa contingencia añadiendo un apartado c) al párrafo 3. En cualquier caso, si las partes en el tratado lo modifican o anulan en tales circunstancias, habrán de responder ante el tercer Estado y quedarán obligadas a indemnizarlo.

16. En el párrafo 20 del comentario se hace alusión a tratados que están destinados a tener efectos objetivos; si por tales se entienden los tratados que prevén la creación de regímenes objetivos, de los que se ocupa el artículo 63, deberían ser objeto de un artículo aparte. En cambio, si se trata de alguna otra categoría de tratados, habrá que procurar que las disposiciones del artículo 63 les sean aplicables, a fin de evitar una excesiva complejidad. La Comisión estará en mejores condiciones para resolver esta cuestión después de haber examinado el artículo 63.

17. El Sr. PAREDES dice que el Relator Especial ha hecho bien en enunciar en párrafos separados las condiciones en que un tratado puede crear obligaciones para terceros Estados; y las circunstancias en que cabe conceder derechos a ellos, en el artículo 62. Todavía

<sup>4</sup> United Nations Treaty Series, Vol. 48, pág. 228 y siguientes.

habría sido mejor que hubiese dedicado artículos distintos a cada una de estas cuestiones.

18. Por lo que se refiere al párrafo 1, desde antes formuló su objeción al contenido del término implícito para obligar a terceros. No cree tampoco que se trate de un acuerdo colateral, pues cuando el tercer Estado aceptó las consecuencias del tratado, éste ya estuvo formulado y el acto del tercero se aproxima mucho más a una adhesión, por mucho que no coincida con las reglas de los artículos 8, 9 y 13.

19. Insiste el Sr. Paredes en que no puede imponerse obligaciones a terceros sin su expreso consentimiento; pero no es fórmula adecuada la de suprimir del artículo los dos términos, explícito e implícito, sino únicamente este último, pues de hacerlo con la palabra expreso, subsistiría la duda acerca de si subsistirían ambos medios de asentimiento. Se ha dicho que existen casos de acuerdos verbales y que entonces cabe suponerse el consentimiento implícito. El Sr. Paredes opina que es necesario siempre el consentimiento expreso, pero que éste puede ser escrito o verbal.

20. La situación es diferente en el supuesto del párrafo 2, pues se refiere a derechos concedidos por los contratantes a terceros, los cuales pueden o no hacerlos efectivos, manifestando en esta forma su voluntad implícita. Pero la voluntad de aceptar debe ser con claridad expresada; ni siquiera derechos deben ser conferidos a los Estados contra su voluntad.

21. Una vez que se ha conferido un derecho o aceptado expresamente una obligación, no cabe que las partes originarias en el tratado vayan por sí solas a suprimirlo o modificarlo sin el asentimiento de quienes lo aceptaron. Existe una especie de relación contractual entre los Estados que hacen la proposición y el aceptante. Es tanto más necesario mantener la intervención de este último, cuando la aceptación de la promesa pudo suponer para él gastos considerables para prepararse a ejercer los derechos ofrecidos. Supongamos que dos Estados convengan en conceder salida al mar a un tercer país mediterráneo, y éste para servirse de la vía fluvial prometida, hace grandes inversiones en barcos, ¿podrá revocarse sin su participación el derecho a esa vía navegable? Pero cabe subrayarse que todo lo dicho se aplica a los intereses particulares de los pueblos, no a aquellas conquistas de carácter universal que se incorporan al patrimonio jurídico del mundo.

22. Por lo que se refiere al párrafo 3, es importante establecer una distinción entre los derechos prometidos y las simples ventajas acordadas. Así, si dos o más Estados conciertan un acuerdo para prestar asistencia técnica u ofrecer cualquiera otra forma de cooperación a países en desarrollo, éstos no deben contar con que esa ayuda sea irrevocable; quienes la facilitan están siempre en libertad de suprimirla.

23. Tanto el caso de las obligaciones mencionadas en el párrafo 1 como el de los derechos mencionados en el 2, constituyen excepciones a la norma enunciada en el artículo 61 de que los tratados no crean obligaciones ni derechos respecto de terceros. No cabe hablarse, pues, de un acuerdo colateral del cual dimanen. Lo que ocurre es que el tercer interesado se adhiere al tratado, sea en

todo él o en parte. Una vez efectuada la adhesión, el Estado que se adhiere tiene los mismos derechos que las otras partes en el tratado, y no puede terminarse el tratado sin el consentimiento de aquél.

24. En cuanto al párrafo 4, el Sr. Paredes dice que lo acepta, dejando constancia de que su redacción demuestra que debe existir un acuerdo de voluntades entre las partes del tratado primitivo y aquellas a quienes con posterioridad se lo aplica; ya que estas últimas están obligadas «a cumplir las condiciones enunciadas en esa disposición o en otras disposiciones del tratado en relación con el ejercicio de ese derecho». Tiene los caracteres de una propuesta y una aceptación, que le da la calidad jurídica de contrato.

25. El Sr. LACHS declara que en general está de acuerdo con el criterio adoptado por el Relator Especial acerca de la cuestión de las estipulaciones en favor de terceros Estados. Es importante, por supuesto, que la Comisión se oriente por la tendencia iniciada con el Tratado de París de 1856<sup>5</sup>, en el que se fundó Turquía, sin ser parte en él, para reivindicar ciertos derechos, tendencia que continuó en el asunto de las *Zonas Francas* y que ha seguido hasta nuestros días. No hay ninguna razón teórica ni práctica para limitar la libertad que tienen las partes en un tratado de incluir estas estipulaciones si así lo desean y ésta es, en opinión del Sr. Lachs, la norma existente.

26. Las cláusulas de la nación más favorecida de los Tratados de Paz de 1947<sup>6</sup>, que tenían que aplicarse a todos los Miembros de las Naciones Unidas, fueran o no parte en los tratados, 18 meses después de su entrada en vigor, constituyen un buen ejemplo de una estipulación en favor de terceros Estados, combinada con el establecimiento de dispositivos eficaces, para su aplicación. En la Comisión de Conciliación que se creó para garantizar el cumplimiento de las disposiciones participaron Estados Miembros que no eran partes. Hay también la decisión tomada en 1925 por la Comisión Mixta Estados Unidos-Alemania en la que se reconocían ciertos derechos a los Estados Unidos derivados del Tratado de Versalles<sup>7</sup>, tratado en el que este país no era parte. Para que estas estipulaciones sean efectivas es menester dejar bien sentado que se ha creado un derecho e indicar claramente al beneficiario de éste, si bien como ha señalado acertadamente el Relator Especial, no es necesario designar a ese beneficiario por su nombre.

27. Al Sr. Lachs le es difícil aceptar la redacción del apartado b) del párrafo 2 porque deja demasiado margen al tercer Estado para ganar tiempo y para rechazar o aceptar, según le convenga, el derecho creado. Hay ya en derecho un vasto sector de incertidumbre entre la aceptación y el no rechazamiento, que deja un gran margen para las maniobras. Habrá que revisar el texto y el Sr. Lachs se inclina a aceptar la opinión del Sr. Ver-

<sup>5</sup> *British and Foreign State Papers*, Vol. XLVI, pág. 8 y siguientes.

<sup>6</sup> *United Nations Treaty Series*, Vol. 41, pág. 78 a 80, artículo 29 y pág. 204, artículo 33; Vol. 42, pág. 66, artículo 31; Vol. 49, pág. 166, artículo 82.

<sup>7</sup> *Mixed claims Commission, United States and Germany, Administrative Decisions and Opinions*, Washington, 1925, pág. 308 y siguientes.

dross de que el derecho existe desde el momento en que se establece en el tratado, de modo que el tercer Estado beneficiario debe indicar en la primera oportunidad si ejercerá el derecho o renunciará a él. Esta condición debe consignarse claramente en la disposición. Una presunción de aceptación es admisible en el caso de los derechos, pero no en el caso de las obligaciones, ya que la estructura de las dos disposiciones es completamente diferente.

28. En la práctica, los acontecimientos no siempre encajarán en las disposiciones redactadas por la Comisión y puede muy bien ocurrir que los derechos y obligaciones de terceros Estados estén entrelazados, en cuyo caso deben prevalecer los criterios aplicables a las obligaciones.

29. Los tratados que prevén regímenes objetivos y obligaciones *erga omnes* deben estudiarse aparte del párrafo 2 del artículo 62.

30. El Sr. Lachs no comentará por el momento la cuestión de la revisión o la extinción de tratados que prevén obligaciones o derechos de terceros Estados, porque esto es un punto que afecta a toda la materia.

31. El Sr. REUTER dice que a su juicio la forma en que ha presentado el artículo el Relator Especial es excesivamente complicada y sería preferible un texto más sencillo y breve.

32. En relación con el problema de que trata el artículo 62, la cuestión esencial es determinar cuál es la fuente jurídica de los derechos de terceros Estados. Este problema surge por las imprecisiones de redacción del artículo 62 y especialmente por las diferencias que existen entre el texto francés y el inglés. El párrafo 3 del texto francés se refiere a un *accord* en tanto que el texto inglés habla de *specific agreement* («acuerdos especiales»), lo que tiene una connotación diferente.

33. ¿Cabe decir, como ha dicho el Relator Especial, que los derechos de terceros Estados derivan de un acuerdo colateral, que es un verdadero acuerdo internacional, o cabe alguna otra explicación? A juicio del Sr. Reuter, el artículo 62, que trata el problema globalmente, debe atenerse a los principios generales aceptados hasta ahora por la Comisión, a saber que los Estados son soberanos, pero que no pueden en cuanto tales concluir un acuerdo obligatorio para un tercer Estado. Aceptado este principio, su consecuencia inmediata es que los Estados, no sólo pueden obligarse entre sí, sino que pueden además ofrecer una opción a un tercer Estado. Si no fuera así, serían imposibles las cláusulas de adhesión de los tratados bilaterales.

34. Pero hay una tercera posibilidad: dos Estados establecen una norma y adoptan medidas que más adelante, al establecerse una costumbre, hacen nacer derechos a favor de terceros Estados. Se trata de un caso de que la Comisión no tiene que ocuparse, pero que debe tenerse en cuenta.

35. En el caso previsto en el artículo 62, el tercer Estado puede evidentemente aceptar en la forma que estime oportuna la oferta que le hacen los Estados partes en un tratado, siempre que su aceptación sea auténtica.

Por ello, los párrafos 1 y 2 deben ser simétricos, pues el tercer Estado adquiere un compromiso incluso por el derecho que se le confiere, y no está más justificado vincular a ese Estado por un derecho que se le ofrece que por una obligación.

36. Si media un acuerdo colateral, puede estar sujeto a condiciones o límites desde el punto de vista jurídico. Según las circunstancias, las partes en el tratado principal que son también partes en el acuerdo colateral pueden subordinar la vigencia de dicho acuerdo a la continuación en vigor del tratado principal o de una de sus cláusulas. El principio no suscita ninguna dificultad, pero en la práctica pueden plantearse situaciones muy complicadas. El caso previsto no es el de la adhesión. Algunos nuevos Estados han creído oportuno enviar al Secretario General de las Naciones Unidas una declaración en la que manifestaban considerarse vinculados por determinados tratados generales que incluían una cláusula de adhesión. En virtud de esta declaración esos Estados no han pasado a ser partes en tales tratados, pero existe una relación jurídica especial entre esos Estados y las partes en los referidos tratados. Por tanto, se ha pedido al Secretario General que notifique a esos nuevos Estados que pueden adherirse a dichos tratados y adquirir en consecuencia, como partes en ellos, derechos más amplios. Este es un caso especial del que por el momento no necesita ocuparse la Comisión.

37. Una vez que se acepten los principios generales en que se funda el artículo 62 será posible redactar un artículo mucho más sencillo, ya que todo lo que hace falta es referirse a determinadas consecuencias de los principios generales relativos al derecho de los tratados. Esto permitiría prescindir de determinados elementos del texto actual que pueden dar a entender, por ejemplo, que el artículo abarca la cuestión de los efectos de la cláusula de la nación más favorecida, lo que no fue propósito del Relator Especial.

38. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, dice que el Sr. Reuter ha formulado la mayor parte de las observaciones que él deseaba hacer. La Comisión no debe eludir la cuestión teórica fundamental, que es la de saber cuál es la fuente del derecho que se estudia. Todo lo demás depende de la respuesta que se dé a esta interrogación.

39. Se ha dicho que el derecho dimana del propio tratado, pero el Sr. Ago no acierta a ver como puede contentarse la Comisión con esta respuesta. Un tratado concluido entre dos Estados puede conferir derechos e imponer obligaciones a ambos, pero no puede conferir derechos ni imponer obligaciones a un tercer Estado. Por lo que al tercer Estado se refiere, el derecho únicamente puede emanar de una norma general de derecho consuetudinario o de un acuerdo en el que sea parte. El Sr. Ago duda mucho de que exista una norma general de derecho consuetudinario en virtud de la cual algunos Estados, por acuerdo entre sí, puedan conferir un derecho a un tercer Estado. Una norma semejante parece contraria al espíritu del derecho internacional, según el cual un acto de un grupo de Estados no puede modificar la situación jurídica de un tercer Estado sin el consentimiento de ese tercer Estado. El consentimiento de éste es

siempre necesario, tanto si se trata de una obligación como de un derecho.

40. La única diferencia entre los dos casos previstos en los párrafos 1 y 2 es la que ha señalado el Sr. Lachs. Si dos Estados acuerdan ofrecer un derecho a un Estado tercero —pues parece seguro que las partes en el tratado inicial no pueden conferir ningún derecho a un tercer Estado, sino únicamente ofrecérselo— existe la presunción de que ese derecho será aceptado. Esta es sin duda la razón de que el Relator Especial haya redactado una norma según la cual se presume que el Estado tercero acepta el derecho mientras no lo haya rehusado. En cambio, si las partes proponen una obligación, la presunción es más bien la contraria y será necesario que el tercer Estado manifieste claramente su aceptación.

41. El caso más delicado es probablemente aquel en que las partes ofrecen al mismo tiempo un derecho y una obligación. El Sr. Lachs ha acertado al decir que en tal caso es más importante estudiar lo que sucede con respecto a la obligación que lo que sucede con respecto al derecho.

42. El Sr. Ago confía en que la Comisión podrá exponer su criterio en términos sencillos. Si la Comisión reconoce que el derecho del tercer Estado se basa en el consentimiento mutuo de las partes y del tercer Estado, ese consentimiento será también necesario para modificar ese derecho o ponerle fin.

43. El Sr. ELIAS dice que, a diferencia del apartado a) del párrafo 2, el apartado b) del párrafo 2 y el párrafo 3 suscitan dificultades, debido principalmente a la confusión originada por la utilización del término «derecho». El examen del párrafo 3 y de las opiniones de los anteriores relatores especiales sobre el derecho de los tratados, que estiman que las partes en un tratado que concede derechos a un tercer Estado pueden alterar posteriormente sus disposiciones sin solicitar el consentimiento, e incluso sin informar, al beneficiario, revela que el derecho a que se hace referencia en el artículo 62 no es algo que pueda exigirse en un tribunal de justicia. Hohfeld ha analizado el término «derecho» y ha encontrado 64 acepciones distintas<sup>8</sup>; de ahí las confusiones a que puede dar lugar el uso indebido de la palabra. En realidad, el párrafo 2 se refiere a la concesión de un beneficio en favor de un tercer Estado.

44. Pese a los argumentos expuestos por el Relator Especial en el comentario, donde ha citado a ciertos autores para sostener que la posibilidad de hacer estipulaciones en interés de terceros Estados es un concepto aceptado, el Sr. Elias ha llegado a la conclusión de que la tesis expuesta por McNair y Rousseau es la más razonable. Estima asimismo que el pasaje citado en el párrafo 12 del comentario sobre la opinión consultiva del Comité de Juristas en el asunto de las *Islas Aaland* contradice en realidad el argumento del Relator Especial, por cuanto descarta la posibilidad de que Suecia invocara un derecho emanado directamente de las disposiciones de la Convención de 1856.

45. Deben simplificarse los párrafos 2 y 3 y debe impo-

nerse algún límite temporal al tercer Estado para expresar su aquiescencia en cuanto al derecho creado en su favor.

46. También debe preverse alguna garantía contra la modificación unilateral de los derechos por las partes en el tratado, cuando el ejercicio de tales derechos haya supuesto desembolso para el tercer Estado; en otro caso cabría modificar en sentido desfavorable su situación, sin que ese Estado tuviera oportunidad de intervenir en el asunto.

47. El Sr. ROSENNE dice que, en principio, el párrafo 2 es satisfactorio. Entiende que la palabra «derecho», tal como se utiliza en ese párrafo, significa un derecho que es reivindicable legalmente por cualquiera de los medios a que puede acudir en derecho internacional o en las relaciones internacionales. La expresión «verdadero derecho» utilizada en el apartado a) resulta algo sorprendente y probablemente procede de la Secretaría de la Corte Permanente de Justicia Internacional que lo utilizó como traducción de las palabras «*véritable droit*», que aparecen en el texto auténtico francés de la sentencia en el asunto de las *Zonas francas*. Esa traducción no es del todo acertada, puesto que está claro que lo que la Corte quería decir al emplear los términos «*véritable droit*» era un derecho reivindicable legalmente.

48. Al igual que otros oradores, el Sr. Rosenne no está enteramente satisfecho con la enunciación negativa del apartado b) del párrafo 2. Preferiría que se sustituyese el concepto de rechazamiento implícito por la idea que figura en el párrafo 1 del comentario al artículo 47<sup>9</sup>, que habla del «principio según el cual una parte no puede obtener ventajas de sus propias inconsecuencias».

49. Se han hecho diversas sugerencias para simplificar el texto y para introducir un factor de simetría en los párrafos 1 y 2, pero el Sr. Rosenne no cree que sea posible la simetría completa; no hay que olvidar que dos Estados pueden acordar que uno de ellos y sólo uno de ellos conceda un derecho a un tercer Estado.

50. El Sr. Rosenne desea reservarse su posición con respecto al párrafo 3, si bien puede decir que está de acuerdo en general con algunas de las opiniones ya expresadas por el Presidente.

51. El Sr. VERDROSS, refiriéndose al comentario del Presidente, dice que en efecto existe una norma de derecho consuetudinario en virtud de la cual los Estados pueden crear un derecho en favor de un tercer Estado, prueba de ellos es la norma generalmente admitida referente a las cláusulas de adhesión. Estas cláusulas tienen por efecto crear para determinados Estados o para todos ellos el derecho de llegar a ser parte en el tratado por medio de una simple declaración; los Estados que desean hacer uso de ese derecho no tienen que manifestar de antemano su aceptación.

52. En fin de cuentas, toda la cuestión gira en torno al significado de la palabra «derecho». A juicio del Sr. Verdross, un derecho es la facultad, conferida por una norma jurídica, de exigir una cierta conducta por parte

<sup>8</sup> W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, 1923.

<sup>9</sup> Documentos oficiales de la Asamblea General, decimotercer período de sesiones, Suplemento N.º 9, pág. 26.

de alguna otra persona. Acaso sea posible superar la dificultad sustituyendo la palabra «derecho» por la palabra «facultad», puesto que, sin duda, dos o más Estados pueden conceder, por medio de un acuerdo, una cierta facultad a un tercer Estado. La utilización de esa palabra puede satisfacer además a los miembros que opinan de otro modo en cuanto al aspecto teórico de la cuestión.

53. El Sr. YASSEEN dice que la cuestión esencial es saber si el derecho del tercer Estado procede del tratado inicial o de la aceptación del derecho por el Estado. La teoría de la estipulación en favor de tercero se encuentra en el derecho interno de la mayoría de los países, pues responde a una necesidad en el orden jurídico interno, y constituye una excepción del principio *pacta tertiis*. No obstante, ni los precedentes ni la jurisprudencia demuestran de modo convincente que esa teoría forme parte del derecho internacional positivo, donde, por otra parte, no es necesaria. La Comisión no debe apartarse del principio general de que no cabe invocar acuerdos contra terceros. La técnica del acuerdo colateral o suplementario —cualquiera que sea la denominación que se les aplique— basta para atender todas las necesidades del orden internacional.

54. Cuando se dice que se ha creado un derecho en favor de un tercer Estado, no se trata en realidad de un derecho abstracto, sino de un derecho concreto del que es sujeto un Estado determinado o que se puede determinar. Se ha sugerido que la palabra «derecho» significa una ventaja o favor; pero es el tercer Estado el que debe juzgar si la llamada ventaja merece en realidad esa denominación. Por ejemplo, no siempre cabe considerar como ventaja a una cesión de territorio. Es necesario estar seguro de que el tercer Estado accede a la modificación propuesta de su situación jurídica.

55. Por consiguiente, el Sr. Yasseen no puede aceptar la idea fundamental del párrafo 2 que se basa en la teoría de la estipulación en favor de tercero. Los Estados no pueden crear obligaciones o ventajas para un tercer Estado: sólo pueden ofrecerlos y el tercer Estado goza de libertad de aceptarlos o rechazarlos. El derecho ofrecido no se convierte en una realidad hasta que haya sido aceptado por el tercer Estado.

56. El Sr. TUNKIN dice que, si bien reconoce la utilidad de estudiar las decisiones de la Corte Internacional, se siente un tanto alarmado ante la insistencia excesiva puesta en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Permanente de Justicia Internacional en perjuicio de la práctica de los Estados. En realidad, es esencial un análisis de esas prácticas, porque son los Estados los que crean las normas de derecho internacional; por tanto, la práctica de éstos es más importante que los dictámenes judiciales o las ideas de los internacionalistas destacados. Por supuesto, el Sr. Tunkin no acepta la idea expuesta por Kalsen de que la práctica de los Estados en cuanto tal pueda considerarse como derecho internacional<sup>10</sup>, puesto que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de

Justicia se refiere a la práctica «aceptada como derecho» y no simplemente a la práctica en cuanto tal. Sin embargo, en los trabajos de la Comisión cabe conceder mayor importancia al estudio de la práctica de los Estados que es lo único que puede permitir que se enuncien normas aceptables de derecho internacional.

57. Los párrafos 2 y 3 deben examinarse a la luz de los principios básicos del derecho internacional, el primero de los cuales es el de la igualdad de los Estados. En virtud de ese principio, ningún Estado o grupo de Estados puede crear normas de derecho internacional obligatorias para otros Estados. La Comisión ha aceptado ya ese principio en el artículo 61 y debe adoptar el mismo criterio en cuanto al artículo 62.

58. En caso de que un Estado tenga un interés legítimo en la materia que es objeto de un tratado debe invitarse a la conferencia encargada de prepararlo o, cuando menos, debe consultarse durante la redacción del mismo; esto debe indicarse claramente en el comentario. Pero en el artículo 62 se suscita la cuestión de cuál es la fuente real de los derechos y obligaciones del «tercer Estado». El Sr. Tunkin está de acuerdo con los miembros que estiman que la fuente es el acuerdo complementario o «colateral» en que es parte el tercer Estado. Ya ha señalado que no es correcto, en rigor, hablar de un «tercer Estado», puesto que ningún tratado puede crear derechos y obligaciones para un tercer Estado; los derechos y obligaciones nacen del consentimiento del tercer Estado y del acuerdo concertado con las partes originales en el tratado.

59. Se ha hablado de la cuestión del consentimiento tácito. Al igual que en el caso del párrafo 1, que se ocupa de las obligaciones, en el supuesto del párrafo 2, que trata de los derechos, es necesario el consentimiento real. La concesión de un derecho suele llevar consigo ciertas consecuencias, algunas de las cuales quizá no sean aceptables para el Estado al que se le ha concedido el derecho. Debe redactarse de nuevo el párrafo 2 a fin de tener en cuenta estas consideraciones.

60. Por lo que respecta al párrafo 3, el Sr. Tunkin se inclina a aceptar la opinión expuesta por el Presidente de que se necesita el consentimiento del tercer Estado para modificar o revocar los derechos conferidos al mismo. Esa opinión, compartida por algunos otros miembros de la Comisión, se basa tanto en consideraciones de principio como en razones prácticas.

61. El Sr. LIU dice que los derechos a que se refiere el párrafo 2 se derivan con frecuencia de circunstancias determinadas que son aceptadas o reconocidas por las partes en el tratado. En ese caso, no se trata tanto de la creación de un derecho en favor de un tercer Estado como de la aceptación por las partes en el tratado de una obligación respecto de un tercer Estado. Le parece difícil aceptar la idea de que tal derecho haya de ser aceptado expresamente antes de que empiece a existir, o la idea de que ese derecho pueda ser modificado o revocado sin el consentimiento del Estado que tiene títulos para ejercerlo.

62. El Sr. AMADO manifiesta que el Sr. Tunkin ha observado acertadamente que, en el caso de que se

<sup>10</sup> H. Kelsen, *Principles of International Law*, Nueva York, 1952, pág. 307 y siguientes.

trata, no existe tercer Estado; hay solamente Estados que pueden disfrutar de determinadas ventajas en virtud de un tratado, y aún en este caso es necesario que tales ventajas no sean un caballo de Troya.

63. El Sr. Amado ha sido el primero que ha puesto en duda el concepto del «acuerdo colateral», que en suma sólo es un murmullo de consentimiento más o menos audible. La Comisión está tratando ahora de buscar la fuente jurídica del derecho de que se trata y va encaminada a encontrar una fórmula que se adapte cuidadosamente a una materia que lleva en sí el germen de su propia destrucción.

64. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que no cree que en la práctica la cuestión de si el tercer Estado tiene o no un verdadero derecho sea tan importante, aunque está de acuerdo en que tal vez adquiera importancia si las partes tuviesen intención de revocar el derecho.

65. Personalmente, no vé ningún inconveniente en aceptar la tesis de que un tratado puede crear un derecho para un tercer Estado. Existen ejemplos bien conocidos de que varios Estados hayan dado su consentimiento, frecuentemente en relación con negociaciones de paz, a una estipulación destinada a conceder alguna ventaja concreta a un tercer Estado. No le cabe duda alguna de que un acuerdo de esta índole podría crear un auténtico derecho si esa fuese la intención de las partes. El tratado tiene efectos cuasi legislativos. Crea una situación en la que el tercer Estado puede en cualquier momento invocar la disposición y gozar del beneficio que le ofrece. Ninguna de las partes en el tratado puede individualmente negarse a conceder el beneficio al tercer Estado o revocar la disposición. Así pues, la posición del tercer Estado parece ser la de beneficiario de un derecho. El derecho existe en virtud del tratado y no desaparece hasta que los Estados que lo han creado de común acuerdo lo revocan. En consecuencia, salvo que el tercer Estado rehuse el beneficio previsto en el tratado, el derecho existe de conformidad con el tratado que lo crea.

66. El párrafo 3, se inspira en la tesis mantenida en el asunto de las *Zonas Francas* por los magistrados Altamira y Hurst en su opinión disidente, a la cual se ha referido el Relator en el párrafo 16 de su comentario. Según esa tesis, las partes pueden revocar la estipulación en favor de tercero excepto cuando se haya realizado mediante acuerdo con el tercer Estado o se haya tenido la intención de que sea irrevocable. Algunos miembros de la Comisión estiman que la estipulación es siempre irrevocable una vez que el tercer Estado manifiesta su aceptación. Personalmente se ha decidido por la tesis de los Magistrados Hurst y Altamira porque parece más adecuada para fomentar la creación de derechos en favor de terceros Estados.

67. Se ha mencionado la posibilidad de que el tercer Estado pueda incurrir en gastos considerables al prepararse para ejercer el derecho que se le ha concedido; en tal caso, sería manifiestamente injusto poner al tercer Estado en una situación en que el derecho pueda ser modificado o revocado sin su consentimiento. Pero, en casos como éste, las partes en el tratado habrán casi con seguridad concertado un acuerdo con el tercer

Estado, y el caso quedará comprendido en la excepción expresada en el apartado a) del párrafo 3, que se ha formulado con el fin de resolver casos como los de las *Zonas Francas*. En ese caso, Suiza consiguió que se determinara que existía una relación contractual con los demás Estados, pese a que el origen verdadero de las *Zonas francas* es otro instrumento del tratado de paz de 1815, en el cual no participó Suiza.

68. Considera el Relator Especial que el párrafo 3 puede ser redactado de nuevo en forma que dé satisfacción a las diferentes opiniones que se han expresado, indicando que, cuando el Estado tercero haya aceptado el derecho que se le ha concedido, tal derecho no podrá revocarse sin su consentimiento. Una fórmula de este tipo evitaría destacar demasiado la cuestión de principio, acerca de la cual existe divergencia de opiniones. Al contrario de lo que opinan algunos miembros, Sir Humphrey sostiene que un tratado puede crear derechos para un tercero; pero un desacuerdo en una cuestión de principios no debería impedir la redacción de una disposición satisfactoria para todos.

69. Se ha sugerido que debiera concederse más importancia a la práctica de los Estados. Como demuestra su comentario, ha realizado todos los esfuerzos posibles para hacer uso de la información de que al respecto se dispone y la dificultad consiste en la escasa publicidad que se da a dicha práctica, por lo que resulta sumamente difícil conseguir información y Sir Humphrey agradecería mucho a los miembros de la Comisión que tuvieran a bien facilitarle toda información complementaria que a este respecto posean. Debe poner de relieve, sin embargo, que no puede en absoluto aceptar la opinión de que las decisiones de los tribunales internacionales no son prueba de la práctica de los Estados. No solo las manifestaciones de los Estados que litigan son prueba de la práctica sino que las decisiones de los tribunales mismos están basadas en lo que consideran una práctica general aceptada como derecho. Además, las decisiones de los tribunales tienen especial valor en cuanto apreciación objetiva de la práctica de los Estados en las cuestiones que están llamados a decidir.

70. El Sr. Lachs ha planteado la cuestión del vínculo entre los derechos y las obligaciones; pero no siempre resulta fácil decidir en cada caso particular cuál de los dos elementos es el más importante; en caso de duda, sería pertinente destacar la importancia de la obligación e insistir en que el tercer Estado otorgue su consentimiento en forma concreta. Cuando el elemento del derecho sea el más importante, la prueba del consentimiento no necesita ser tan clara.

71. Sir Humphrey procurará preparar para el Comité de Redacción un nuevo texto de los párrafos 2 y 3 en el cual los derechos concedidos a terceros estarán basados en mayor medida en el consentimiento, si bien éste no tendrá que ser tan formal como en el caso de las obligaciones.

72. El Sr. TUNKIN dice que sus observaciones en relación con las sentencias de la Corte Internacional sólo tenían por objeto indicar su desacuerdo con la opinión de Sir Hersch Lauterpacht de que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia constituyen

derecho<sup>11</sup>. La prueba de que esta opinión no cuenta con el asenso general está en el hecho de que sólo 40 Estados han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte. Pero aún en el caso de que se aceptara que las decisiones de la Corte tienen en cuenta la práctica de los Estados, queda aún toda una serie de hechos que nunca han llegado a conocimiento de la Corte. En todo caso, la Comisión debería prestar especial atención a la práctica más reciente de los Estados en esta materia.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

<sup>11</sup> H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Londres, 1958, págs. 20 a 22.

### 737.<sup>a</sup> SESIÓN

Miércoles 3 de junio de 1964, a las 10 horas

Presidente: Sr. Roberto AGO

Más tarde: Sr. Herbert W. BRIGGS

#### Derecho de los tratados

(A/CN.4/167)

(Continuación)

[Tema 3 del programa]

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

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a continuar el examen del artículo 62, del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/167).
2. El Sr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA dice que varios oradores han hecho hincapié en la necesidad de determinar la fuente del derecho de terceros Estados. Igual que el Sr. Verdross, el Sr. Lachs y el Relator Especial, cree que el derecho del tercer Estado se deriva directamente del tratado como tal y puede ser ejercido tan pronto como el tratado entre en vigor. A su entender, el Presidente, el Sr. Reuter, el Sr. Yasseen y el Sr. Elías opinan que el derecho del tercer Estado se funda en un acuerdo ulterior o adicional entre las partes en el tratado y el Estado tercero. A pesar de la divergencia de opiniones en cuanto al aspecto teórico del problema, el orador cree posible redactar una norma de aceptación general que refleje al mismo tiempo la práctica de los Estados.
3. Esa norma habrá de incluir un elemento en el cual todos convengan, es decir, el principio de que es indispensable el consentimiento del tercer Estado, que es el único juez para decidir si ejerce o no el derecho que se le ofrece. Nadie ha sugerido que pueda imponerse un derecho a un Estado contra su voluntad, porque esto, no sólo sería contrario al principio de la igualdad de soberanía de los Estados, sino que además no sería factible. No puede obligarse a ningún Estado a ejercer

un derecho contra su voluntad; ello constituiría en *rigor* la imposición de una obligación y, como tal, tendría cabida en la norma general del artículo 61 y del párrafo 1 del artículo 62. Como dice el aforismo latino, *invito beneficium non datur*. Ello se expresa claramente en la frase inicial del párrafo 2 al decir: «un Estado podrá hacer valer un derecho...» Así pues, la disposición se basa en el supuesto de que el Estado favorecido ejecutará un acto de voluntad al invocar o reclamar el derecho que se le ofrece.

4. También existe acuerdo general en cuanto al segundo elemento: que el consentimiento del tercer Estado no es menester que se exprese por un segundo acuerdo o acuerdo colateral, sino que puede expresarse en cualquiera de las formas en que se manifiesta en la práctica internacional el consentimiento auténtico de los Estados. Lo esencial es la existencia del consentimiento auténtico y la práctica demuestra que ese consentimiento puede revelarse por la conducta, cuya forma más común es el hecho mismo de reclamar o invocar el derecho. Se extremaría la ficción jurídica si se pretendiera que el ejercicio de un derecho por un tercer Estado constituye el consentimiento en un segundo acuerdo o acuerdo colateral del cual se deriva el mismo derecho; este segundo acuerdo difícilmente puede llegar a existir en el mismo momento en que se ejerce el derecho.

5. La Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo en el asunto de las *Zonas Francas* que la aceptación se desprende del hecho de que Suiza solicitara el mantenimiento de la disposición del Tratado de Versalles sobre las Zonas Francas antes de que el Tratado se concluyera<sup>1</sup>. Parece imposible alegar que el consentimiento a un segundo acuerdo o acuerdo colateral sea consecuencia de la petición de que determinada disposición se incluya en el primer acuerdo en el cual se supone que se ha hecho la oferta original. Tampoco cree el orador que se concierte un acuerdo colateral entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas y un Estado no miembro cuantas veces dicho Estado no miembro ejerza los derechos que le confiere el párrafo 2 del Artículo 35 o el Artículo 32 de la Carta, o el párrafo 2 del Artículo 35 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

6. Hay que redactar de nuevo el párrafo 2 para tener en cuenta los dos elementos que todos los miembros aceptan. No es posible, ni aconsejable, redactarlo en idéntica forma que el párrafo 1, en el cual de hecho se prevé un segundo acuerdo o acuerdo suplementario. El apartado a) debe redactarse de manera que incluya también el caso en que la disposición de un tratado cree un derecho para todos los Estados, como sucede con las disposiciones de la Carta a que el orador se ha referido. Las palabras iniciales del párrafo, «Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 3» son innecesarias y deben suprimirse.

7. El Sr. Paredes ha sugerido que se enuncien en artículos distintos las disposiciones sobre los derechos y sobre las obligaciones. El orador propone que los cuatro

<sup>1</sup> P.C.I.J., 1929, Serie A, N.º 22, págs. 17, 18; P.C.I.J., 1932, Serie A/B, N.º 46, pág. 141.