

derecho¹¹. 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.

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

737.^a 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 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 concluyera¹. 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

¹ 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.

párrafos del artículo 62 constituyen cuatro artículos distintos.

8. Se ha criticado la formulación negativa del apartado b) del párrafo 2. Tal formulación es comprensible, porque esa disposición trata de la renuncia a la facultad de rehusar un derecho. No obstante, para responder a las objeciones propone el orador que el apartado b) del párrafo 2 se redacte de nuevo como una cláusula del apartado a) del mismo párrafo, en forma análoga a la siguiente: «sin embargo, este derecho no podrá ser invocado si el Estado ha renunciado a él previamente».

9. No puede el orador apoyar la propuesta del Sr. Lachs, de establecer un plazo para rehusar o aceptar el derecho; en la práctica de los Estados nunca se ha impuesto plazo alguno y, en realidad, se han dado casos en que disposiciones de ese género han favorecido a Estados que no habían llegado a existir hasta mucho después de que el tratado entrara en vigor.

10. A juicio del orador, el párrafo 3 subraya demasiado el derecho de las partes en el tratado a revocar la disposición que beneficia al tercer Estado; y por ello sugiere que se redacte nuevamente en forma negativa para que diga aproximadamente lo siguiente:

«La disposición de que se trata no podrá ser modificada... cuando

- a) las partes en el tratado hayan concertado con dicho Estado un acuerdo especial relativo a la creación del derecho; o
- b) la intención de crear un derecho irrevocable se dedujere de las estipulaciones del tratado...»

11. El párrafo 3 constituye la prueba decisiva de la teoría de la oferta y del acuerdo colateral. Sus disposiciones no pueden aceptarse por quienes defienden esa teoría, ya que ningún Estado puede verse privado de un derecho contractual sin su consentimiento. Naturalmente, son raros en la práctica los casos de revocación de tales derechos. Por ejemplo, es difícil apreciar cuándo es posible revocar los derechos concedidos a terceros Estados en los acuerdos de paz de la primera y la segunda guerras mundiales o en la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, pueden presentarse tres ejemplos de la práctica de los Estados. En los dos primeros casos, el *Tratado de Praga*² y el de las *Islas Aaland*³, se había aceptado que la disposición podía revocarse sin el consentimiento del beneficiario, pero en el tercer caso, el de las *Zonas Francas*⁴, la Corte Internacional sostuvo que la estipulación en favor de una tercera parte confiere un derecho irrevocable únicamente cuando las partes contratantes hayan manifestado claramente su intención de crearlo con ese carácter. No obstante, la Corte estableció que la intención de conceder un derecho verdadero «no puede suponerse a la ligera», sino que debe ser explícita o desprenderse claramente de las circunstancias. Se trata, como dijo la Corte, de «*une question d'espèce*». Este precedente judicial no puede ignorarse «suponiendo a la ligera» que no pueden revocarse ni modificarse en

ningún caso los derechos conferidos. Como sugiere el Relator Especial en el párrafo 23 de su comentario, la cuestión debe decidirse con arreglo a la intención de las partes en cada caso concreto.

12. El hecho de no ser posible disponer la irrevocabilidad en todos los casos parece prueba concluyente de que la teoría del acuerdo colateral no constituye una expresión adecuada de la actitud de la doctrina. Es claro que los Artículos 32 y 35 (párrafo 2) de la Carta, y el Artículo (párrafo 2) del Estatuto de la Corte Internacional, pueden ser modificados en cualquier momento mediante los procedimientos de reforma establecidos. Tampoco está de acuerdo el orador con el Sr. Elías en que mientras permanezcan en vigor disposiciones de ese tipo no confieren derechos porque pueden ser modificadas sin el consentimiento del beneficiario. En todos esos casos, la disposición de la Carta o del Estatuto confiere un derecho legalmente ejercitable mientras siga vigente tal disposición.

13. El Sr. ROSENNE coincide con el Sr. Jiménez de Aréchaga en las fundamentales cuestiones de principio que entraña el párrafo 3. La Comisión debería reconocer la existencia de una importante discrepancia de opiniones entre sus miembros en cuanto a las cuestiones teóricas y doctrinales planteadas. En realidad, los miembros de la Comisión entienden de modo diferentes términos tales como «tercero» y «derechos». En tales circunstancias conviene adoptar un enfoque pragmático que no lesione la actitud doctrinal de ningún miembro y el texto que se adopte habrá de basarse en la práctica de los Estados.

14. El orador dice que no tiene un criterio definido sobre la cuestión teórica y considera que las dos opiniones formuladas pueden tener fundamento. Sin embargo, al redactar el párrafo 2 es indispensable recordar la importancia de conseguir un grado suficiente de estabilidad en las relaciones internacionales. El cambio pacífico es importante, pero es indudable que la estabilidad constituye la preocupación primordial en el derecho de los tratados.

15. El problema de saber si el derecho o beneficio conferido a un tercer Estado es revocable o no, dependerá de las condiciones del acuerdo originario, según indica el Relator Especial en el párrafo 23 de su comentario: «Se estima que la posibilidad de revocar o anular de otro modo la estipulación debe depender fundamentalmente de la intención de las partes». En ese contexto «partes» significa partes en el acuerdo primitivo. Muchas razones hay en favor de esa regla, pero sólo citará una, a saber, que el derecho creado en favor de un tercer Estado sólo puede derivarse de una de las partes iniciales y que su subsistencia puede ser objeto del acuerdo entre ambas partes iniciales. Por consiguiente, es indispensable dar la debida importancia a la intención de las partes en el tratado.

16. Podría formularse de nuevo el párrafo 3 en el sentido de una presunción de irrevocabilidad, a menos que se deduzca una intención contraria de las estipulaciones del tratado primitivo, de las circunstancias de su celebración o de las declaraciones de las partes. De existir efectivamente un acuerdo colateral entre una o más de las partes iniciales y el tercer Estado ese acuerdo

² Véase R. F. Roxburgh, *International Conventions and Third States*, Londres, 1917, págs. 42 a 45.

³ *League of Nations Official Journal*, octubre de 1920, *Special Supplement N.º 3*.

⁴ *P.C.I.J.*, 1932, Serie A/B, N.º 46, págs. 147 y 148.

debe tener prioridad. Entonces no procedería la aplicación al caso del artículo 62; en efecto, no hay necesidad alguna de emplear el adjetivo «colateral», pues en realidad se estaría en presencia de un acuerdo con fuerza de ley para las partes en él.

17. No puede el orador aceptar la propuesta de que se conceda al tercer Estados un plazo para la aceptación del derecho, aunque, por supuesto, cabría fijar plazos en determinado tratado, si lo desearan las partes iniciales. No sería práctico fijar plazos generales en el proyecto de artículos y debe reconocerse que fijar plazos no es usual en los tratados.

18. También se debería insertar en el párrafo 3 la noción inspiradora del apartado b) del párrafo 2; el tercer Estado tiene indudablemente la facultad de rechazar el derecho que se le ofrece, sean cuales fueren los efectos sobre el acuerdo primitivo.

19. Sería preferible evitar toda rigidez en cuanto a la forma de consentimiento. La práctica de los Estados muestra que están en uso muchas formas y algunas de ellas ni siquiera entrañan comunicación directa; la comunicación puede hacerse por conducto de un tercero, por ejemplo, la Secretaría de las Naciones Unidas. Lo esencial es que el consentimiento del tercer Estado exista realmente por lo que respecta tanto a las obligaciones como a los derechos.

20. En cuanto a la redacción del párrafo 3, el orador no está del todo satisfecho con las palabras «modificada o revocada». El verbo «modificar» se utiliza en relación con la revisión y el verbo «revocar» se aproxima mucho al concepto de terminación. Por tanto, propone que, de aceptar la Comisión la noción en que se inspira el párrafo 3, se coordine su terminología con la de las disposiciones sobre revisión y terminación. También es necesario prever el caso de la suspensión de la aplicación del acuerdo principal.

21. El párrafo 4 es aceptable en principio. Aunque haya motivo para proponer que los cuatro párrafos del artículo 62 pasen a formar artículos distintos, sería difícil separar los derechos de las obligaciones en la presentación de las cláusulas. La separación ofrecería la ventaja de presentar las normas en forma de declaraciones de principios, pero podría inducir a la falsa hipótesis de que siempre sea posible diferenciar los derechos de las obligaciones. Por su parte opina el orador que de momento los artículos 61 a 62 podrían constituir un capítulo aparte en el proyecto de artículos.

22. El Sr. PAL está de acuerdo con el fondo de los párrafos 2, 3 y 4. Las dudas que pudiera abrigar han sido disipadas por el comentario al artículo 62 y por las observaciones del Sr. Jiménez de Aréchaga.

23. Se ha dicho que en el debate ha existido confusión entre derecho y beneficio. Esa confusión no se da en el comentario del Relator Especial, que establece una clara distinción entre la concesión de un beneficio y la creación de un derecho; el Relator Especial ha estudiado minuciosamente la situación y ha llegado a la decisión de que el artículo 62 debe tratar del caso de la concesión de un derecho al tercer Estado. El Relator Especial ha consultado los trabajos de diferentes autores, con inclusión

de los de los tres anteriores Relatores Especiales, ha analizado a este respecto la práctica de los Estados, que es bastante dispar, y ha formulado su opinión, que el Sr. Pal está dispuesto a aceptar.

24. Coincide con el Sr. Jiménez de Aréchaga en cuanto a la importancia de la expresión «hacer valer», en el párrafo 2. En el párrafo 7 del comentario se expone el criterio de que el tercer Estado adquiere jurídicamente un derecho a invocar directamente la disposición por la que se confiere el beneficio; ese derecho no está condicionado a ningún acto concreto de aceptación por parte del tercer Estado, es decir, a ningún acuerdo colateral entre él y las partes en el tratado. En el párrafo 8 del comentario se expone el punto de vista del Relator Especial.

25. Al estudiar el fundamento jurídico del derecho del tercer Estado, el Relator Especial ha llegado a la conclusión, después de un detenido examen, de que ese fundamento está en la intención de las partes en el tratado, que tienen la capacidad de conferir un mero beneficio o un derecho reivindicable. No ha dicho que sea siempre un derecho lo que se confiere al tercer Estado, sino que las partes en el tratado podrían, si quisieran, conferir un derecho a un tercero. También ha hecho patente que, a su juicio, basta con esa intención de las partes en el tratado y no hace falta la aceptación del tercer Estado, opinión compartida por el orador. La dificultad con que a ese respecto tropiezan algunos miembros de la Comisión parece provenir, en cierta medida, de la reminiscencia de problemas planteados en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, en los que se ha sostenido en tiempos que las partes en un contrato podrían conferir un beneficio a un tercero, pero no un derecho reivindicable, pues la reivindicación se limita a las partes en el contrato. Sin embargo, hoy en día se reconoce generalmente en derecho nacional que el tercero puede ser titular de un derecho reivindicable en determinadas circunstancias.

26. Respecto del párrafo 3, no cree que el derecho de revocación pueda ejercitarse en cualquier momento en todos los casos. Es necesario algún reajuste por lo menos para tener en cuenta el párrafo 4. Si el tercer Estado observa la condición establecida en el tratado, no cree el orador que nadie acepte la idea de que la posibilidad de revocación del derecho todavía dependa exclusivamente de la voluntad de las partes iniciales.

27. Por último, apoya las propuestas del Sr. Jiménez de Aréchaga sobre cuestiones de redacción.

28. El Sr. DE LUNA dice que las deliberaciones sobre el artículo 62 se han centrado en la cuestión de si un tratado puede crear obligaciones y derechos para un tercer Estado. Entre los miembros de la Comisión hay sobre ello gran división de opiniones, principalmente a causa de las diferencias de formación jurídica. Sin duda el Sr. El-Erian tiene razón en sostener que es peligroso extremar la analogía entre el derecho privado y el derecho internacional. No obstante, es de notar que en el artículo 1119 del Código civil francés, que ha heredado conceptos formalistas del derecho romano, se especifica que normalmente sólo puede uno obligarse o estipular en nombre propio, principio respecto

del cual el código francés admite luego excepciones; mientras que el artículo 328 del Código civil alemán y el artículo 112 del Código de obligaciones suizo establecen que el contrato puede crear directamente derechos en favor de terceros, incluso sin el conocimiento o consentimiento de éstos. Por tanto, acaso sea preferible, como ha propuesto el Sr. Rosenne, que la Comisión prescinda de cuestiones doctrinales y llegue a un acuerdo sobre la cuestión de hecho.

29. El orador añade que ya ha explicado antes su imposibilidad de aceptar la idea de que un tratado pueda crear obligaciones para un tercer Estado. Opina de diferente manera respecto de la creación de un derecho. Las obligaciones y los derechos son intrínsecamente diferentes. Un derecho es una facultad subjetiva, que el sujeto es libre de ejercer o no. Por consiguiente, un derecho puede crearse y ser conferido a un sujeto sin consultarle. Un derecho surge, no de su aceptación por un tercer Estado, sino de la voluntad de las partes, en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

30. Cabe dejar al margen el caso de los tratados que producen efectos sobre un tercer Estado, aun contra la voluntad de las partes, sólo a causa de la cooperación internacional y de la interdependencia de los Estados; lo mismo puede decirse de tratados tales como el de Praga⁵, cuyo objeto es conferir ciertos beneficios a terceros Estados, pero no crear derechos.

31. El caso que debe examinarse es el de un tercer Estado que adquiere un derecho subjetivo como efecto directo e inmediato de un tratado. Se ha preguntado si esto no equivale simplemente a la adhesión del tercer Estado al tratado; pero las partes en un tratado desean a veces conferir determinado derecho a un tercer Estado sin imponerle las obligaciones previstas en el tratado. Alguien ha preguntado también cómo un tercer Estado, ausente y no enterado de las negociaciones, puede adquirir tal derecho. Esto es ciertamente lo que ocurre en el derecho privado por ejemplo, en las disposiciones testamentarias; pero en esos casos hay una norma legal. En derecho internacional, la norma es el principio *pacta sunt servanda* y los derechos surgen de la obligación recíproca contraída por las partes en el tratado.

32. No obstante, sería difícil explicar de esta manera la disposición del apartado b) del párrafo 3, sobre la irrevocabilidad del derecho. Sería necesario recurrir al principio de la *buna fe* o quizá al sistema del *estoppel*.

33. El Sr. de Luna apoya la propuesta del Sr. Paredes y del Sr. Jiménez de Aréchaga, de que el párrafo 1, que trata de la obligación (caso en que se requiere el consentimiento del tercer Estado), sea eliminado del artículo 62. El Comité de Redacción podría volver a formular el resto del artículo.

34. El PRESIDENTE, interviniendo como miembro de la Comisión, señala que en el curso del debate las opiniones han ido aproximándose entre sí, al menos en el aspecto práctico. Por ejemplo, los miembros de la Comisión reconocen que, cuando se menciona la

posibilidad de crear un derecho, se trata de un derecho subjetivo; nadie pone en duda la posibilidad de que un tratado confiera beneficios a un tercer Estado, el problema consiste en saber si puede crear en favor de un tercero un verdadero derecho.

35. Se ha convenido también en que el tratado en sí mismo no puede conferir por su propia fuerza derechos a un tercer Estado ni imponerle obligaciones. La fuente del derecho del tercer Estado sólo puede ser un acuerdo entre las partes en el tratado y el tercer Estado o bien una norma general consuetudinaria en virtud de la cual pueda nacer tal derecho en favor del tercer Estado en caso de estar previsto en un tratado entre otras partes. En derecho privado, el derecho de terceros se deriva de la ley y no del contrato. El Presidente opina que de la práctica no se deduce la existencia de una norma de este tipo en derecho internacional. No obstante, si se admite la existencia de esa norma, como lo hacen el Sr. Verdross y el Sr. Jiménez de Aréchaga, entonces hay que admitir igualmente sus consecuencias lógicas: el derecho del tercero existe desde el momento en que se concierta el tratado y toda referencia al consentimiento del tercer Estado está fuera de lugar. El tercer Estado puede renunciar a su derecho pero no puede oponerse a la creación de éste.

36. Por el contrario, si se sostiene que el consentimiento del tercer Estado es la fuente de su derecho, entonces debe especificarse que ese consentimiento ha de ser prestado en forma explícita (formulación positiva de la cual son partidarios el Sr. Castrén y otros varios miembros de la Comisión), o implícita (formulación negativa propuesta por el Relator Especial, según la cual se presume que el derecho ha sido aceptado mientras no haya sido rechazado). Rechazar, negar el consentimiento, es muy diferente de renunciar. Si la Comisión pudiese llegar a un acuerdo sobre este punto esencial, la principal dificultad del artículo 62 habría sido superada.

37. En cuanto al consentimiento del tercer Estado, el Presidente comparte la opinión del Sr. Tunkin, de que la Comisión no debería adoptar un criterio formalista; lo esencial es la realidad del consentimiento. Pero la situación puede diferir mucho de un caso a otro. Quizá el tercer Estado lleve en realidad mucho tiempo reclamando el derecho que las partes en el tratado han acordado concederle. Entonces no puede afirmarse que las partes hayan hecho realmente un ofrecimiento; son más bien ellas las que aceptan, y en este caso se puede reconocer que el derecho existe inmediatamente. El caso contrario es aquel en que las partes ofrecen determinado derecho a un tercer Estado que nunca ha reclamado derecho alguno. Entonces, el derecho existe únicamente desde el momento en que el tercer Estado da su consentimiento. De las circunstancias puede desprenderse que el tercer Estado tiene la intención de aceptar el derecho; y entonces la fórmula propuesta por el Relator Especial sería satisfactoria.

38. Cabe también imaginar casos que no sean tan claros, en los que el tercer Estado reclama determinado derecho y las partes acuerdan concederle otro derecho, por ejemplo, la utilización de un puerto franco, con libertad de tránsito, en vez del acceso al mar. El tercer

⁵ *British and Foreign State Papers*, Vol. LVI, pág. 1050 y siguientes.

Estado tal vez no quede satisfecho con lo que se le ofrece y la mera idea de que su derecho pueda adquirir existencia sin su consentimiento es contraria al principio de la soberanía. En tal caso, y también cuando el tercer Estado reciba una oferta simultánea de derechos y de obligaciones, es particularmente necesaria la expresión del consentimiento y su autenticidad ha de ser indudable.

39. Las divergencias teóricas no deberían impedir a la Comisión llegar a un acuerdo sobre el párrafo 3. Quienes basan la existencia del derecho del tercer Estado en una norma general consuetudinaria llegarán a la conclusión de que el derecho existe en virtud de esa norma desde el momento en que se concierta el tratado y por consiguiente no puede ser anulado por las partes. Quienes opinan como el propio Presidente, que el derecho del tercer Estado se basa en el consentimiento, dirán que el derecho sólo es revocable si todavía no ha llegado ciertamente a adquirir existencia. Las partes pueden retirar su ofrecimiento mientras el derecho aún no ha sido aceptado o mientras la actitud del tercer Estado siga siendo incierta, pero desde el momento en que se haya manifestado el consentimiento del tercer Estado, el derecho será irrevocable. Aun cuando se ponga término al tratado entre las partes, la conclusión no puede ser otra: puesto que el derecho del tercer Estado existe, sea en virtud de una norma general o por el hecho del consentimiento, sólo es revocable con el consentimiento del tercer Estado.

40. El párrafo 4 no suscita grandes dificultades.

41. Acerca de si las normas relativas a estas cuestiones han de ser reunidas en un solo artículo o repartidas en varios, el Presidente dice que, si bien ambos métodos tienen sus ventajas, quizá esta última solución haga aún más difícil tratar del importantísimo caso en que se proponen a la vez derechos y obligaciones.

El Sr. BRIGGS, Primer Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

42. El Sr. BARTOŠ cree firmemente que la Comisión, aunque tome por punto de partida la vieja máxima de que los derechos y los deberes u obligaciones son el anverso y el reverso de una misma medalla, debe establecer una distinción clara entre los dos conceptos. El párrafo 1 se refiere a la invitación hecha a un tercer Estado de que acepte una obligación, mientras que el párrafo 2 trata de la oferta a ese Estado de un derecho que aún no existe. La primera consideración que hay que tener en cuenta al relacionar esos dos conceptos es que las partes en el que se ha llamado —a su juicio, erróneamente— «tratado principal» no pueden imponer obligaciones ni conceder derechos a un tercer Estado y únicamente pueden acordar entre sí que se formule una invitación o una oferta a ese Estado. Cuando las partes ofrecen un derecho, asumen el compromiso mutuo de concederlo para el porvenir. La fuente de ese derecho es el vínculo existente entre el llamado tratado principal y la expresión de la voluntad del tercer Estado, —opinión muy semejante a la del Sr. Verdross.

43. En ese punto se plantea la cuestión de la adhesión del tercer Estado. Según su teoría los derechos y las

obligaciones no existen en abstracto; siempre van ligados a una base, es decir, a determinados hechos y circunstancias. Todo derecho ha de ejercitarse en un contexto determinado. El llamado tratado principal ha de ser considerado, no sólo como un hecho jurídico para los Estados ligados por la relación contractual, sino también como un simple hecho para los terceros Estados, pero un hecho que no obstante determina, mediante el consentimiento de éstos, el contenido y la eficacia de la obligación o derecho propuestos. El nexo o la conjunción del llamado tratado principal con la voluntad del tercer Estado, no constituye un acuerdo colateral, sino una adhesión parcial del tercer Estado a las disposiciones pertinentes del tratado. Esa adhesión es a veces la consecuencia de una aceptación realizada aun antes de que el tratado se concluya si, por ejemplo, el tercer Estado ha reclamado con anterioridad el derecho; en ese caso, si los términos del tratado no coinciden con esa reclamación, será necesario conciliar las dos voluntades a continuación.

44. En cuanto a la norma propuesta en el párrafo 2, estima el orador que las partes crean no un derecho efectivo, sino la facultad en favor del Estado beneficiado de utilizar las disposiciones del tratado y la posibilidad de ejercitar dicha facultad. En el derecho internacional moderno los Estados son soberanos y pueden rehusar o aceptar lo que se les ofrezca.

45. El párrafo 2, así como el párrafo 4, íntimamente ligado a él, suscitan dos cuestiones teóricas. En primer lugar, si el derecho es en realidad creado en efecto por el tratado, o si existía ya en el orden internacional objetivo y lo que hacen las partes es sólo reconocer la existencia de tal derecho y aprovechar ese reconocimiento para determinar las condiciones de su ejercicio. En varios casos se ha planteado esta cuestión, por ejemplo, en las estipulaciones del Tratado de Berlín relativas a los derechos de Montenegro sobre su mar territorial⁶. La regla general era que todos los Estados tienen un derecho soberano sobre su mar territorial. Ese derecho es un atributo normal de la soberanía del Estado ribereño, pero ha de responder al respecto a ciertas condiciones. El tratado concedió a Austria-Hungría el derecho de ejercer la policía marítima, que era una prerrogativa del Estado ribereño según las reglas normales del derecho internacional positivo vigente incluso en aquel momento. Es discutible si dicha disposición en realidad limitó o desvirtuó la norma jurídica existente y si las partes en el tratado estaban facultadas para constituir un derecho contrario al orden jurídico internacional.

46. La segunda cuestión es si las partes en un tratado pueden, en realidad, estipular libremente las condiciones para el ejercicio de un derecho ofrecido a un tercer Estado, limitando el ejercicio por este Estado de un derecho que le pertenece sin limitación alguna. En algunos casos existe la sospecha de que se usurpa el derecho so pretexto de nobles intenciones. Convendría especificar que las condiciones estipuladas han de quedar dentro de los límites del derecho objetivo. Los Estados no pueden por sí mismos crear el derecho ni hacer uso de él.

⁶ *British and Foreign State Papers*, Vol. LXIX, pág. 760.

47. Una cuestión puede plantearse con respecto a los términos del apartado b) del párrafo 2: si se refiere a rechazar el derecho conferido o a rehusar su ejercicio. Si el tercer Estado aún no ha hecho uso del derecho que le ha sido ofrecido o si aún no ha declarado que lo acepta, no es posible hablar de que se haya rechazado un derecho que aún no ha nacido. Sólo existe, como ha dicho el Sr. Verdross, la «facultad» de ejercer un derecho y no el derecho en sí mismo.

48. El orador concede gran importancia a la cuestión del plazo, determinado o indeterminado, dentro del cual el tercer Estado pueda rehusar el ejercicio de esa facultad, pues ha habido casos en que la creación de tal derecho ha servido de instrumento para establecer una determinada situación política o jurídica. Si se acepta la teoría de la adhesión, e incluso la adhesión parcial, el tercer Estado difícilmente podrá estar facultado para rechazar ese derecho después de haberlo aceptado.

49. En cuanto al objeto del párrafo 3, la cuestión de si la estipulación del llamado tratado principal puede modificarse o revocarse sin el consentimiento del tercer Estado interesado, el orador cree que, como la relación jurídica se crea por el consentimiento otorgado a las partes en el llamado tratado principal, y a veces incluso mediante un acuerdo colateral, cuando determinadas condiciones han de especificarse o cuando el tercer Estado formula algunas reservas aceptadas por las partes, difícilmente cabe modificar, o revocar, la estipulación pertinente sin el asentimiento de ese Estado, puesto que el derecho ha pasado a formar parte en tal caso de su patrimonio internacional. Pero si hay en el tratado una cláusula que permita la revocación, o pueda dar lugar a una situación de incertidumbre, el Estado que aceptó esa cláusula tendrá, en consecuencia, que aceptar esa responsabilidad.

50. Se plantea otra cuestión cuando se produce un cambio en las circunstancias. Entonces es aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* y la cuestión puede resolverse también por acuerdo mutuo. Pero en ese caso la revocabilidad no proviene del tratado, sino de un principio general del derecho internacional que tiene fuerza de norma general, es decir de la cláusula *rebus sic stantibus*, aceptada por la Comisión en su último período de sesiones como institución jurídica⁷.

51. El Sr. EL-ERIAN dice que el artículo 62 es sin duda uno de los más complejos e importantes de la parte III del proyecto y trata de una serie de cuestiones teóricas acerca de las cuales no es sorprendente que la Comisión se halle dividida. Es importante tener en cuenta que el artículo no debe ser una norma residual para la interpretación de antiguos tratados concertados en condiciones un tanto distintas de las actuales, sino que debe proporcionar una norma general aplicable tanto a los tratados ya existentes como a los futuros.

52. El punto de partida no debe ser el principio de la estipulación en favor de tercero, tomado del derecho privado. Como se dice en alguna de las opiniones disi-

dentas en el asunto de las *Zonas Francas*, esas estipulaciones no son admisibles en las relaciones entre Estados, porque están en contradicción con el principio de la soberanía.

53. A juicio del Sr. El-Erian, el artículo debe basarse en la idea de una oferta de las partes y de un acuerdo colateral entre ellas y el tercer Estado o los terceros Estados, lo cual proporcionaría un fundamento más sólido a la obligación y tendría en cuenta el principio de la soberanía. También deben consignarse todas las garantías necesarias con respecto al libre consentimiento del tercer Estado.

54. El Sr. El-Erian no acierta a advertir el interés que tengan para el presente artículo las estipulaciones de tratados que crean regímenes objetivos a que se refiere el párrafo 10 del comentario, porque las obligaciones y los derechos que emanan de tales estipulaciones tienen diferente fundamento.

55. El término «derecho» ha suscitado algunas dificultades; en el contexto del párrafo 3, no parece corresponder al concepto que se enuncia en el párrafo 2. Quizá la palabra «beneficio» exprese con más claridad su propósito. Esa palabra ha sido utilizada en textos análogos del artículo 18 del proyecto de Harvard⁸, del artículo 9 de la Convención de La Habana de 1928⁹, y del artículo 9 del proyecto de la Comisión Internacional de Juristas aprobado en 1927¹⁰.

56. El párrafo 4 trata de la relación entre un derecho y las obligaciones correlativas. Pero también hay casos en que el tratado reconoce derechos ya existentes, por ejemplo el derecho a la restauración de la independencia que había sido arrebatada o limitada contra la libre voluntad del pueblo o con violación de sus inherentes derechos soberanos, que no se derivan del tratado mismo. En tales casos no son aplicables las sanciones establecidas en el artículo 42, es decir, las relativas a un tratado que termina a consecuencia de su violación por una de las partes.

57. El Sr. LACHS dice que la tendencia moderna es que todos los Estados interesados tomen parte en la redacción del tratado para que de esta manera la institución de tercer Estado vaya desapareciendo. Es cierto que durante la época del derecho de gentes europeo, en que cierto grupo de Estados formaban una especie de club exclusivo, se concluyeron determinados instrumentos que contenían estipulaciones hechas por cuenta de otros Estados, privándose a los beneficiarios teóricos de la posibilidad de reivindicar o hacer sancionar los derechos que se les conferían, que de esta manera no eran sino letra muerta. Ese capítulo de la historia ha concluido ya, y en la actualidad se reconoce, tanto por la práctica de los Estados como por los tratadistas de derecho internacional, que desde el momento en que el tercer Estado manifiesta su intención de hacer uso del derecho estipulado en su favor, ese derecho puede ser invocado y sancionado.

⁸ *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29, No. 4, Supplement, pág. 661.

⁹ Hudson, *International Legislation*, Vol. IV, pág. 2381.

¹⁰ *American Journal of International Law*, 1928, Vol. 22, No. 1, Special Supplement, pág. 245.

⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimotercer período de sesiones, Suplemento N.º 9, pág. 21.*

58. Las partes en un tratado pueden desear extender los derechos y las obligaciones dimanantes del tratado a terceros Estados por razones de orden económico o político o porque a la larga parezca que ello ha de favorecer los intereses de las propias partes, pero difícilmente puede verse en esos motivos una justificación del punto de vista de que tales derechos tienen carácter de donación.

59. La alusión que se ha hecho durante el debate a las estipulaciones de un tratado relativas al establecimiento de nuevos Estados no parece pertinente, porque en ese caso la fuente de tales derechos se encuentra fuera del tratado y éste sólo puede confirmar la aparición de un nuevo Estado.

60. El párrafo 3 debe modificarse porque una vez que se establece la relación jurídica entre las partes en el tratado y el tercer Estado que hace uso del derecho que se le confiere, tal derecho ya no puede ser revocado, salvo con el consentimiento de dicho Estado.

61. El artículo 62 debe redactarse de manera que tenga en cuenta el desarrollo progresivo del derecho internacional en la dirección que el Sr. Lachs ha indicado. No debe haber dificultad alguna para redactar la disposición relativa a las obligaciones, ya que las condiciones de validez de éstas son claras y no han dado lugar a ningún desacuerdo importante en el seno de la Comisión. Debe quedar bien sentado que el artículo se refiere a derechos auténticos y no a pretensiones de derechos. No deben incluirse en el ámbito del artículo disposiciones en virtud de las cuales se declare un derecho existente que tiene su origen fuera del tratado, y lo mismo cabe decir de las limitaciones a un derecho existente.

62. Por último, como ha indicado en la sesión anterior, cuando derechos y obligaciones están estrechamente ligados entre sí, deben observarse en primer lugar las condiciones aplicables a las obligaciones.

63. El Sr. TSURUOKA dice que ha seguido con gran interés la discusión sobre el artículo 62, pero que no está seguro de que, desde un punto de vista práctico, sea realmente necesario tratar de la cuestión a que se refiere en un proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados. Si la mayoría de la Comisión desea conservar el artículo, la cuestión esencial que hay que tener en cuenta, sea cual fuere la teoría que se adopte como fundamento para el artículo, es que se necesita definir de una manera clara el tipo de situación que las disposiciones de ese artículo están llamadas a regular.

64. Según ha explicado claramente el Relator Especial en su comentario, una situación de este tipo se compone de dos elementos: la voluntad de las partes, expresada en un tratado, de crear un derecho en favor de un tercer Estado, y la aceptación de ese derecho por el tercer Estado. Esa aceptación, cualquiera que sea su forma, es esencial si se quiere dar cierta seguridad jurídica al tercer Estado. El hecho de que un tratado contenga una estipulación en virtud de la cual dos Estados ofrecen a un tercer Estado, que no es parte en el tratado, una facultad o un derecho, es una condición que, si bien es necesaria, no es suficiente; sólo cuando el tercer Estado otorga su consentimiento se completa el conjunto de circunstancias previsto. El mero hecho

de que dos Estados hayan expresado su voluntad en un tratado no basta, pues, para que las partes en el tratado puedan revocar o modificar el derecho o facultad de que se trata sin consentimiento del tercer Estado.

65. El problema de la aceptación tiene cierta importancia, y el Sr. Tsuruoka desea señalar que tal aceptación ha de ser completa. Sin embargo, si se alterara una de las condiciones que rigen el ejercicio del derecho, la situación inicial se habría modificado, ya que entonces el tercer Estado se convertiría en parte de un nuevo tratado. En tal caso, las disposiciones de ese tratado se aplicarían a la relación entre el antiguo tercer Estado y las partes del tratado inicial. El párrafo 4 resulta necesario para la coherencia del texto. Por otra parte, y con el fin de que el tercer Estado no resulte perjudicado, sería conveniente indicar en el comentario que el tratado debe ser lo bastante conocido para el tercer Estado, y las estipulaciones que afecten a ese tercer Estado deben ser lo bastante claras, como para que no pueda surgir ninguna complicación innecesaria, por ejemplo, en caso de dolo.

66. Como la situación que se plantea en el artículo 62 se presenta raras veces en la realidad, y como las situaciones que más se le parecen son tratadas de modo diferente en la práctica seguida por la mayoría de los Estados, el objetivo de la Comisión debe ser preparar un artículo que, además de estar en consonancia con la equidad, facilite las garantías necesarias para la estabilidad de los tratados y asegure la eficacia de las normas que la Comisión formule.

67. El Sr. YASSEEN observa que a algunos miembros de la Comisión les resulta difícil aceptar la tesis de que el ejercicio efectivo de una facultad o de un derecho pueda constituir un acuerdo. Sin embargo, como se ha reconocido de modo general que la voluntad del tercer Estado puede expresarse en cualquier forma, a menos que sea una forma incompatible con una norma de derecho, de ello se desprende que el ejercicio efectivo de un derecho ofrecido indica la voluntad de aceptar la oferta y puede *ipso facto* constituir el acuerdo complementario que debe existir entre las partes en el tratado y el tercer Estado.

68. Refiriéndose al párrafo 3, que trata de la revocabilidad de un derecho otorgado a un tercer Estado, el Sr. Yasseen manifiesta que suscribe la tesis de que es necesario un acuerdo complementario o adicional y opina que no puede nacer derecho alguno antes de existir el consentimiento. En consecuencia, los Estados que son partes en el tratado pueden alterar la situación y retirar la oferta que han hecho. Pero, ¿cuál será la situación después de que el tercer Estado haya dado su consentimiento? Parece que será ante todo el tratado principal el que facilite la respuesta, ya que ese tratado es el que define la oferta hecha por las partes. Por tanto, es normal que el tratado principal haya de ser consultado con el fin de determinar si el derecho aceptado puede ser revocado aun después de que el tercer Estado haya dado su consentimiento. Si del tratado principal se desprende que la oferta ha sido limitada y precaria, esa oferta es entonces la única que el tercer Estado puede haber aceptado y por consiguiente es revocable

aun después de que haya dado su consentimiento. No le queda al tercer Estado más opción que aceptar esa expresión de voluntad, ya que un acuerdo complementario o colateral no constituye un instrumento negociado; tiene el carácter de un contrato de adhesión, y el tercer Estado acepta la oferta tal como se encuentra definida en el tratado principal.

69. Sin embargo, como la Comisión está redactando una convención sobre el derecho de los tratados y como su objetivo principal debe ser el de garantizar la seguridad de las transacciones internacionales, parece esencial que exista una presunción en favor de la irrevocabilidad del derecho otorgado. Por consiguiente, el párrafo 3 debería modificarse en el sentido de poner de relieve que la oferta hecha por las partes, una vez aceptada, no puede ser revocada a menos que la posibilidad de su revocación se desprenda manifiestamente del propio tratado principal. Debe considerarse que una presunción de esa índole está sujeta a la posible aplicación del principio *rebus sic stantibus*, ya que las circunstancias pueden cambiar y puede ser que las partes en el tratado principal estimen necesario modificar sus términos. En tal caso, la presunción de irrevocabilidad no debe excluir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

70. El Sr. Yasseen no tiene objeción que oponer al párrafo 4, que parece estar perfectamente en consonancia con la teoría del acuerdo complementario y de la oferta definida en el tratado principal. No obstante, según han señalado algunos miembros de la Comisión, el párrafo no puede aplicarse literalmente en el caso de un derecho que no se derive del tratado principal sino de otra fuente de derecho internacional.

71. El Sr. VERDROSS declara que está de acuerdo con el Sr. Ago en que las diferencias doctrinales en torno al párrafo 3 del artículo se hacen menos acusadas en el terreno práctico ya que los partidarios de las dos opiniones en litigio reconocen que el derecho o la facultad que se concede al tercer Estado en virtud del tratado es revocable mientras no exista un acuerdo con el tercer Estado. Reconoce que el derecho es imperfecto en la medida en que el tercer Estado no ha dado su asentimiento, y acepta la idea en que se funda el párrafo 3. El Sr. Verdross tiene, sin embargo, algunas dudas acerca del apartado b) del párrafo 3 ya que, aun en el caso de que las partes en el tratado hayan tenido intención de conferir un derecho irrevocable al tercer Estado, mientras ese tercer Estado no haya aceptado dicho derecho, pueden aun modificar las disposiciones del tratado y decidir si el derecho es revocable o no. Por tanto, en cuanto se refiere a la cuestión de la revocabilidad, todo depende de que exista un acuerdo con el tercer Estado. Por consiguiente, si bien está dispuesto a aceptar las estipulaciones del apartado a) del párrafo 3, cree que debería omitirse el apartado b) del mismo párrafo.

72. A juicio del Sr. Verdross, el caso citado por el Sr. Ago —cuando se han celebrado desde el primer momento negociaciones entre las partes en el tratado y el tercer Estado, y éste, después de solicitar un derecho determinado, recibe un derecho diferente— no entra dentro del ámbito del artículo 62. Ese artículo se refiere

tan sólo a los casos en que las partes en el tratado conceden un derecho a un tercer Estado sin haber negociado con él. Si han negociado con el tercer Estado, el problema del consentimiento se plantea desde el primer momento.

73. El Sr. PESSOU dice que aunque evidentemente se han producido situaciones en el pasado como las previstas en el artículo 62, serán probablemente muy raras en el futuro, y, por consiguiente, la Comisión no debería atribuir demasiada importancia a un artículo que tal vez no tenga aplicación en la realidad.

74. Como ha señalado el Sr. Lachs en relación con el párrafo 1 del artículo, la Comisión tiene que cuidar de que esa situación no se produzca, ya que es incompatible con la norma enunciada en el artículo 61. Ante todo, y con el fin de superar la dificultad creada por una situación de esta índole, sería preferible procurar que todos los Estados y partes interesadas estén presentes en las negociaciones, en vez de prever la concesión de derechos por medio de un procedimiento indirecto. Resulta difícil imaginar por ejemplo, que el Níger, que ha sido una vía internacional hasta 1963 y cuyo nuevo régimen ha sido definido por los principales Estados ribereños, pueda ser objeto de un tratado sin la participación de uno de esos Estados.

75. Por tanto, en opinión del Sr. Pessou, los párrafos 1 y 2 son poco satisfactorios desde el punto de vista de la redacción y de los principios en que se basan, pero el párrafo 3 es aún menos satisfactorio. La Comisión no debería perder más tiempo en el artículo; una nueva redacción del mismo permitirá vencer las dificultades actuales.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

738.^a SESIÓN

Jueves 4 de junio de 1964, a las 10 horas

Presidente: 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 proseguir el examen del artículo 62, cuyo texto figura en el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/167).

2. El Sr. AMADO dice que la discusión va aclarando un poco un tema en el que intervienen principios elementales del derecho internacional. Las dos tesis que se contraponen en el debate son la tesis de tratadistas como Rousseau y McNair, que en cierta medida se