

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

basan en Anzilotti, y la tesis moderna sostenida por el Relator Especial y por el Sr. Jiménez de Aréchaga; algunos miembros de la Comisión no han tomado una posición definida.

3. Naturalmente, sería difícil prescindir de ciertas cuestiones incidentales, tales como la creación de situaciones jurídicas definitivas. Hay situaciones en que la cuestión de la irrevocabilidad no tiene importancia, como por ejemplo la que resultó del tratado concluido entre Brasil y la Argentina, en que se reconoció la independencia del Uruguay¹, o las situaciones creadas por los tratados que tienen efectos objetivos, como ciertos tratados sobre comunicaciones. Pero los casos de esta índole tienen en realidad poco que ver con la concepción normal de la estipulación en favor de tercero, por lo que la Comisión, sin poner obstáculo a la evolución de la moderna práctica en materia de tratados, debería actuar con suma cautela al respecto.

4. Rousseau ha demostrado de modo concluyente que la cuestión de si el principio de la estipulación en favor de tercero, institución de derecho interno, es aplicable a las relaciones internacionales, es bastante delicada, pues la práctica internacional suele resistirse a reconocer que los *pacta in favorem tertiis* no sólo pueden otorgar ventajas, sino también «verdaderos derechos», expresión utilizada en el texto del Relator Especial². El único caso en que la jurisprudencia internacional ha reconocido el derecho del tercer Estado a que se mantenga una disposición establecida en su favor, ha sido el fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las *Zonas Francas*³. Sin embargo, Rousseau y otros tratadistas han sostenido que se trata de un asunto de carácter absolutamente excepcional, equivalente al de las «servidumbres internacionales», como antes se denominaban. En virtud de ese fallo, la Corte consideró que el derecho de Suiza sobre las zonas francas era un verdadero derecho que, por tener hasta cierto punto efectos *erga omnes*, a diferencia de los derechos contractuales válidos exclusivamente *inter partes*, era independiente de las decisiones aplicables a un convenio ordinario.

5. No obstante, en opinión del Sr. Amado, no puede considerarse que una convención o una manifestación de la voluntad de un tercer Estado en la que otorgue su consentimiento a un tratado concluido entre otras partes tenga un carácter irrevocable. Las partes en un tratado pueden siempre modificar o revocar el tratado. No obstante, acaso fuese preferible que la Comisión terminase de examinar el presente conjunto de artículos sobre el derecho de los tratados antes de tomar una decisión sobre el problema que plantea el artículo 62.

6. El Sr. CASTRÉN estima que, a pesar de las diferencias de opinión que les separa, algunas sobre cuestiones importantes, los miembros de la Comisión pueden ponerse de acuerdo sobre un nuevo texto que ofrezca una solución razonable y práctica que no se base en ninguna teoría concreta.

7. Parece que el párrafo 4 del texto del Relator Especial no plantea ningún problema; las dificultades se encuentran en la materia objeto de los párrafos 2 y 3. Por consiguiente, el Sr. Castrén ha intentado redactar de nuevo estos dos párrafos teniendo en cuenta por lo menos los principales comentarios formulados durante las deliberaciones y propone que se sustituyan por un único párrafo que diga así:

«2. a) Un Estado o varios Estados podrán invocar un derecho emanado de las disposiciones de un tratado en el que no sean parte cuando las partes en el tratado hayan tenido la intención de conferir tal derecho a esos terceros Estados.

b) Estas disposiciones, salvo que en el tratado se estipule lo contrario, no podrán ser modificadas ni revocadas por las partes en el tratado sin el consentimiento de los terceros Estados que hayan manifestado claramente su intención de invocarlas.»

8. El apartado a) del nuevo texto vendrá a sustituir al párrafo 2 del proyecto del Relator Especial. Se referirá a un derecho, y esto a juicio del Sr. Castrén es necesario, pero este derecho no se calificará de «verdadero»; en el nuevo texto únicamente se consigna el hecho indiscutible de que las partes en un tratado pueden ofrecer a uno o varios terceros Estados, y en algunos casos a todos, la posibilidad de hacer valer un derecho previsto en el tratado. Los terceros Estados son libres de hacer uso de este derecho o de abstenerse de hacerlo. No es menester exigir un acuerdo colateral ni una adhesión o cualquier otro tipo de aceptación, ni referirse al rechazo o a la renuncia. Además, los terceros Estados pueden escoger libremente el momento en que empiecen a ejercer este derecho.

9. En la nueva formulación que el Sr. Castrén propone no se toma decisión sobre la debatida cuestión de la fuente del derecho y del momento en que éste nace.

10. Señala el Sr. Castrén que el apartado b) de su texto trata de la modificación o revocación del derecho ofrecido a terceros Estados por las partes en un tratado. La Comisión parece haber llegado al acuerdo general de que si los terceros Estados han aceptado de una u otra manera el derecho que se les ofrece, será necesario su consentimiento para cualquier modificación de las disposiciones relativas a este derecho; y no cabe duda de que esto es justo y equitativo. Mientras que los terceros Estados no hayan contestado afirmativamente a la oferta que se les ha hecho, las partes en el tratado tienen plena libertad de acción, pero la situación cambia tan pronto como el tercer Estado ha manifestado claramente su voluntad, ya que puede haber tomado medidas para el ejercicio de su derecho.

11. El derecho puede estar sujeto a restricciones o subordinado a determinadas condiciones; esta posibilidad se prevé en el párrafo 4 del proyecto del Relator Especial. Por ejemplo, puede ser que el derecho se otorgue para un determinado período, o que las partes hayan estipulado condiciones resolutorias o se hayan reservado la posibilidad de modificar o revocar el derecho unilateralmente y los terceros Estados que se proponen ejercer su derecho deberán tener en cuenta estas salvedades o condiciones. No obstante, todas estas restric-

¹ *British and Foreign State Papers*, Vol. XV, pág. 935 y siguientes.

² Ch. Rousseau, *Droit international public*, 1953, pág. 53.

³ *P.C.I.J.*, 1929, Serie A, N.º 22; *P.C.I.J.*, 1932, Serie A/B, N.º 46.

ciones deberán desprenderse claramente de los términos del propio tratado, ya que no se puede pretender que los terceros Estados conozcan todas las circunstancias de la conclusión del tratado o las declaraciones de las partes sobre éste que, según el texto del Relator Especial, pueden incluso formularse después de concluido el tratado.

12. El PRESIDENTE *, hablando como miembro de la Comisión, dice que las dudas que abrigan los miembros sobre los párrafos 2, 3 y 4 obedecen a una cuestión de teoría del derecho. Su formación jurídica les ha inculcado conceptos rígidos sobre lo que es un derecho y sobre la manera en que éste puede crearse, lo que les ha llevado desgraciadamente a centrar su atención en torno a la creación de un derecho jurídico, mientras que la finalidad del artículo es tratar del caso en que un tercer Estado aprovecha una oportunidad, sea cual fuere el nombre que se le dé —derecho, ventaja o facultad— cuando ese tercer Estado desea verdaderamente aceptarla.

13. En derecho privado, la estipulación en favor de tercero o el concepto del fideicomiso han sido útiles, aun cuando no siempre teóricamente satisfactorios desde el punto de vista de la lógica jurídica. En el derecho internacional, la práctica del pasado y las posibles necesidades del futuro parecen indicar que puede resultar útil incluir en el proyecto sobre el derecho de los tratados un artículo en el que se enuncie un concepto análogo, como se hace en el artículo 62.

14. No se trata de que el artículo tenga el efecto de imponer obligaciones o ventajas a terceros Estados; unas y otras son totalmente facultativas. Del párrafo 1 se desprende claramente que el tratado por sí mismo no crea la obligación. Únicamente proporciona el medio de crearla, que el tercer Estado puede aceptar o no. Posiblemente la versión francesa de ese párrafo no esté enteramente exenta de ambigüedades.

15. Acaso la redacción del párrafo 2 pueda mejorarse para ponerla más en consonancia con la del párrafo 1. Debería modificarse la frase «un derecho previsto por» y deberían sustituirse las palabras «de crear mediante esa disposición un verdadero derecho» por las palabras «de que esa disposición permita la creación de un derecho». Además convendría redactar el apartado b) del párrafo 2 en forma afirmativa.

16. Sobre el problema de la revocación, el Presidente opina que si el tercer Estado no acepta el derecho ofrecido, las partes pueden revocarlo a reserva de que se cumplan ciertas condiciones, pero que si el tercer Estado ha hecho uso del derecho, no cabe la posibilidad de una revocación unilateral.

17. De los párrafos 3 y 4 debería suprimirse toda referencia a un derecho creado por el tratado. Debería ser posible redactar de nuevo el artículo prescindiendo de las divergencias teóricas sobre si el derecho nace del tratado o de la oferta de las partes aceptada por el tercer Estado.

18. El Sr. DE LUNA dice que no comparte la opinión

de algunos miembros de la Comisión, según la cual los principios que figuran en el artículo 62 deben rechazarse en vista de que su aplicación ha conducido a abusos en el pasado. El hecho de que se haya abusado de una institución no prueba que la institución en sí sea mala. Es cierto que la tendencia moderna en el derecho internacional, como ha dicho el Sr. Lachs, es que en el futuro se invite normalmente a todos los Estados interesados a participar en un tratado que les afecte. Pero incluso en una comunidad internacional ideal el procedimiento previsto en el artículo 62 seguirá siendo necesario ya que es muy posible que algunos Estados, por motivos políticos o de otra índole, no quieran participar en un tratado, pero puedan aceptar que se les concedan ciertos derechos en virtud del mismo.

19. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, coincide con el Presidente en que es posible elaborar un proyecto satisfactorio a pesar de las diferencias de criterio que existen acerca de algunos problemas teóricos que, en cualquier caso, no son fundamentales. Aunque inicialmente había enunciado las disposiciones relativas a las obligaciones y a los derechos en dos artículos independientes, con posterioridad decidió refundirlas en uno, ya que, con frecuencia, derechos y obligaciones van unidos y algunas veces son correlativos. Cree preferible mantener la estructura que en definitiva ha adoptado.

20. Por lo que al párrafo 1 se refiere, hay acuerdo general en que en modo alguno se trata de imponer una obligación en virtud de dicho párrafo y que su texto debe incluir las garantías necesarias.

21. Hay, naturalmente, cierta dificultad en abarcar todos los aspectos de las obligaciones y derechos ligados entre sí, pero, en lo fundamental, los dos elementos que deben estar presentes son, en cuanto a las obligaciones, una disposición destinada a facilitar el medio de establecer una obligación, y en cuanto a los derechos, una disposición que tenga esencialmente por objeto ofrecer el medio de disfrutar de un derecho.

22. En cuanto a si el tratado facilita los medios de crear un derecho o un beneficio, todos los miembros están de acuerdo en que es necesario que el tercer Estado manifieste de algún modo el propósito de ejercer tal derecho, y algunos miembros han señalado que el consentimiento a que se refiere el apartado b) del párrafo 2 no necesita tener el carácter formal del consentimiento exigido en el párrafo 1.

23. Al redactar el párrafo 3, el Relator Especial se ha guiado fundamentalmente por su propio concepto del derecho y por la oposición absoluta de los magistrados Altamira y Hurts, en el asunto de las *Zonas Francas*, al concepto de derecho irrevocable, porque ello pudiera ser perjudicial para la creación de tales derechos en favor de terceros Estados⁴. Tal vez el párrafo 3 requiera alguna modificación para que indique claramente que las partes tienen entera libertad de revocar el derecho en tanto no se haga uso de él. Si el tercer Estado hace uso del derecho, la presunción debe ser que tal derecho es irrevocable a menos que el tratado estipule lo contrario

* Sr. Briggs.

⁴ P.C.I.J., 1932, Serie A/B, N.º. 46, pág. 185.

y corresponde a las partes en el tratado especificar inequívocamente tal cosa.

24. Una cuestión que tal vez convendría examinar es la de saber qué ocurriría si el derecho que se ofrece a un grupo de Estados fuese aceptado únicamente por uno de ellos. ¿Sería revocable en tal caso respecto de los demás?

25. El párrafo 4 se refiere al supuesto de que el ejercicio del derecho esté sujeto inexcusablemente al cumplimiento de determinadas obligaciones por parte de terceros Estados. Este párrafo no ha suscitado graves dificultades pero habrá que modificarlo un poco y suprimir la frase relativa a la creación de un derecho por una estipulación del tratado, conforme ha sugerido del Presidente.

26. Celebra que el Sr. de Luna haya aludido a la utilidad de una disposición de esa índole para los tratados que se concluyan en el futuro. Si bien en tiempos pasados se han dado casos de Estados que han creado obligaciones para otros Estados en unas condiciones que en la actualidad no se consideran aceptables, sería peligroso llegar a la conclusión de que por el hecho de que el mundo haya entrado en una nueva era tal artículo no tiene ya utilidad alguna. Por el contrario, la colaboración cada vez mayor entre los Estados podría tener el efecto opuesto.

27. Quizá la Comisión desee examinar nuevamente el artículo 62 a la luz de las conclusiones que adopte con respecto al artículo 63.

28. El PRESIDENTE propone que se remita el artículo 62 al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

ARTÍCULO 63 (Tratados que prevén regímenes objetivos).

29. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que ha preparado un comentario muy amplio sobre la muy discutida materia objeto del artículo 63, con respecto a la cual los autores están muy divididos. La posibilidad de tratados que creen regímenes objetivos es una cuestión sumamente delicada, ya que entra en la esfera de la legislación internacional en virtud de la cual puede sostenerse que instrumentos concluidos por una mayoría tienen fuerza obligatoria para la minoría. Rousseau y McNair, ninguno de los cuales acepta en derecho internacional la idea de una estipulación en nombre de otro Estado, parecen inclinados a admitir la posibilidad de tratados que creen regímenes objetivos. Personalmente, Sir Humphrey, abraza grandes dudas al respecto, y comparte el criterio del anterior Relator Especial, según el cual no es probable que los Estados acepten que los tratados puedan por sí mismos crear tales regímenes. No obstante, en la práctica se han dado casos de regímenes de esa índole a los que ha llegado a reconocerse un carácter objetivo, con efectos *erga omnes*. Sir Gerald Fitzmaurice, en cierto modo, dio entrada a este concepto por la puerta falsa al admitir aparentemente que los Estados tienen un deber general de respetar las relaciones jurídicas establecidas entre

las partes en un tratado, reconociendo en consecuencia tales relaciones⁵.

30. A juicio del Relator Especial, sólo tratados de carácter particular pueden establecer un régimen objetivo, y para ello debe ser condición esencial que las partes tengan una cierta competencia especial en la materia. Al mismo tiempo, Sir Humphrey tiene en cuenta que es probable que otros Estados estén poco dispuestos a aceptar el carácter automáticamente obligatorio de esos regímenes, por lo que es necesario prever algún elemento de reconocimiento expreso o tácito, que es lo que ha intendado hacer en el párrafo 2, de manera análoga en cierto modo a las disposiciones incluidas en los artículos relativos a reservas.

31. Si se acepta la creación de regímenes objetivos como un fenómeno del derecho internacional, el posible reconocimiento de tales regímenes será un proceso análogo a la evolución del derecho consuetudinario.

32. Sir Humphrey cree que el artículo 63 es progresivo y conveniente, pero no le sorprendería que diera lugar a divergencias de opiniones en el seno de la Comisión.

33. El Sr. PAREDES dice que, como en rara ocasión lo ha hecho, va a referirse ante todo a cuestiones de redacción, que alguna de entre ellas es de fondo y sustancia, en el complicado y difícil artículo 63. Y comienza por el título del mismo: «Tratados que prevén regímenes objetivos». El término objetivo da una noción de ambigüedad, y además es insuficiente para abarcar la íntegra materia contenida en la disposición. ¿Cuál es la idea descrita con la palabra objetivo? ¿Es la materia sobre la cual recae el derecho en contraposición con el sujeto titular del mismo? No cree que a ello quiso referirse el Relator Especial, sino a la amplitud o extensión de las consecuencias del tratado o sea *erga omnes*. Por lo tanto, el término objetivo no es rigurosamente válido, ni suficiente para la amplísima materia tratada en el artículo. Y esto aun cuando con sabia prudencia Sir Humphrey haya apartado un cúmulo inmenso de cuestiones inscritas en él por el Relator anterior, como todo aquello de la formulación de las costumbres internacionales. Queda, sin embargo, un caudal inmenso jurídico, no siempre del mismo contenido y naturaleza.

34. Si el establecimiento de los ríos y canales internacionales, de zonas marítimas y terrestres de uso común y otras de índole parecida entran dentro de la definición del párrafo 1, hay otras a las que no se ve como pueden caer dentro de su dominio. El Sr. Paredes cita el caso de los mandatos y los fideicomisos que, a su juicio, dígame lo que se quiera, son condiciones subjetivas y subordinadas, tanto por el pensamiento que lo creó como por la práctica que se los aplica. Los mismos instrumentos que los establecieron hablan de una protección especial que se acuerda a los países que no han llegado a un alto grado de progreso, para conseguirlo. Ahora bien, para estas condiciones es imprescindible referirse al aspecto subjetivo del arreglo. Tampoco cree aplicable la definición al deber de aceptar las consecuencias de los derechos legítimamente establecidos

⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1960, Vol. II, pág. 72 y siguientes.*

entre las partes de un tratado con referencia a terceros, como la delimitación de fronteras o cesión de territorios.

35. De modo que el título lo encuentra inadecuado y deficiente, por lo que propone se diga: «Tratados que prevén un régimen general de derechos reales». Esto de los derechos reales tiene en las legislaciones y en la jurisprudencia un significado definido desde hace largo tiempo: son los derechos que se tienen sin referencia a determinada persona; puede decirse que están incorporados y rigen a la materia u objeto del negocio.

36. Incidentalmente se permite mencionar, a propósito de ciertas frases del comentario, que no está de acuerdo en que, voluntaria y permanentemente se descarte del estudio de la Comisión cuanto se refiere al campo inmenso y de próximo porvenir, en el cual se legisla y contrata actualmente, de los ámbitos espaciales y las prácticas sobre la energía atómica.

37. En el comentario del texto español ve usado el término «rúbrica» para enumerar varios enunciados; así se dice que el Relator anterior presentó varias cuestiones bajo las rúbricas una, dos y tres. Cree debiera sustituirse la expresión por la de «enunciado».

38. El Sr. ELIAS dice que el Relator Especial, al hacer la presentación ha proporcionado a la Comisión razones suficientes para rechazar el artículo 63, pues la materia objeto de este artículo puede quedar perfectamente prevista en los artículos 62 y 64. La opinión de que debe suprimirse el artículo 63 está reforzada por lo que el Relator Especial ha señalado en los párrafos 10, 11 y 20 de su comentario al artículo 62.

39. El Sr. EL-ERIAN dice que la principal dificultad, por lo que respecta al artículo 63, procede del intento de ocuparse, dentro del marco del derecho de los tratados, de un cierto número de cuestiones complejas que afectan a otras ramas del derecho internacional. El párrafo 1 enumera cuestiones que en unos casos corresponden a la demarcación del territorio de un Estado, en otros al establecimiento de un ordenamiento jurídico internacional como consecuencia de la creación de la Sociedad de las Naciones y de las Naciones Unidas y, en otros, a los ajustes territoriales y a su reconocimiento por otros miembros de la comunidad de las naciones. Estas cuestiones pueden calificarse de puntos neurálgicos del derecho internacional y el Relator Especial ha sido sumamente ambicioso al intentar ocuparse de un número tan grande de cuestiones en un solo artículo de su proyecto.

40. La doctrina, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y la práctica de los Estados ofrecen pocos elementos que puedan servir de guía para determinar qué es lo que constituye un «régimen objetivo», qué materias abarca esa expresión y cuáles pertenecen al derecho de los tratados por ser efectos de los tratados, en cuanto distintas de las que pertenecen a otras ramas del derecho internacional.

41. Es evidente que la materia que es objeto del artículo 63, en la medida en que está relacionada con el derecho de los tratados, se halla ligada íntimamente con el problema de la costumbre internacional, del consentimiento implícito, de los derechos reales y de su reconoci-

miento por otros miembros de la comunidad internacional. A juicio del Sr. El-Erian, no es aconsejable tratar esas materias meramente desde el punto de vista de los efectos de los tratados y no puede suscribir la opinión expresada por el Relator Especial en su comentario de que el mejor método de tratar los problemas que llevan consigo sea el utilizado en el artículo 63.

42. McNair habla de tratados llamados a aplicarse *in rem* frente a todo el mundo o *erga omnes* y también de tratados «dispositivos» o «reales». El rasgo característico de estos últimos — el caso de un tratado de cesión o de un tratado de límites, por ejemplo — es que reconocen, conceden o transfieren derechos «reales», derechos *in rem*. El mismo autor analiza el régimen de las grandes vías nevagables artificiales del mundo y no traza distinción entre un canal y otro. Se ocupa de ellos como un tema general de la cuestión del territorio de los Estados. Rechaza el concepto de «régimen objetivo», y, al buscar el fundamento jurídico del régimen de las vías nevagables internacionales, señala lo siguiente:

«Algunos pueden encontrar la fuente de esta norma en la teoría del derecho público, es decir, en que los grupos de Estados que son partes en los tratados iniciales actúan a título semeligitativo en nombre de todo el mundo. No obstante, nos inclinamos a creer que cabe hallar una fuente más atractiva en el fin intrínseco de estas vías navegables, o sea, el de facilitar las comunicaciones entre Estados y en que, una vez que se ha abierto una vía navegable de ese tipo, se produce un proceso legal reconocido por el derecho privado de algunos países — consistente en dedicar *orbi et urbi* algunos recursos o elementos naturales — que tiene por objeto hacer que esos recursos, por pasar a formar parte del derecho público del mundo, queden destinados al uso público.»⁶

El carácter complejo de este ejemplo, que constituye sólo uno de los diez o más que se dan en el párrafo 1, muestra que la Comisión abordaría una materia muy controvertible si incluyera en su proyecto un artículo como el artículo 63.

43. Oppenheim manifestó gran escepticismo acerca de los tratados del carácter llamado «objetivo» y señalaba lo siguiente: «Se plantea la cuestión de si, en casos excepcionales, los terceros Estados pueden adquirir derechos (y contraer por tanto los deberes relacionados con los mismos) otorgando su consentimiento expreso o tácito a las estipulaciones de esos tratados tal como se concluyeron especialmente con objeto de crear esos derechos no sólo para las partes contratantes, sino también para terceros Estados». Después de dar un cierto número de ejemplos relativos al Canal de Panamá y los arreglos de cuestiones de límites llegaba a la conclusión siguiente: «Debe responderse a esta cuestión en sentido negativo.»⁷

44. Sir Gerald Fitzmaurice, el Relator Especial anterior, no se mostró partidario de la teoría de los regímenes objetivos e instituyó en que los artículos dedicados por él a esa materia describían un proceso en vez de establecer una norma. Y Sir Gerald no trabajó dentro del marco

⁶ McNair, *The Law of Treaties*, 1961, pág. 266.

⁷ Oppenheim, *International Law*, 8.^a edición, 1955, págs. 926 a 928.

de un proyecto de convención, sino de un código, en el que es posible ocuparse de materias que pertenecen a otras ramas del derecho internacional. La Comisión no debe apartarse del principio que ha aprobado, en relación con las reglas de *jus cogens*, de excluir las materias que no caen dentro del ámbito del derecho de los tratados.

45. Hay dos puntos concretos acerca de los cuales el Sr. El-Erian desea hacer un breve comentario. El primero se refiere a los mandatos y fideicomisos considerados como parte del ordenamiento jurídico internacional en relación con las citas de opiniones y sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos de Africa sudoccidental, que figuran en el párrafo 12 del comentario. Pero la Corte no se pronunció sobre la cuestión de los regímenes objetivos. La definición de los regímenes del mandato y del fideicomiso y sus efectos jurídicos depende de la interpretación del Pacto de la Sociedad de las Naciones y de la Carta de las Naciones Unidas, y es un problema que no se puede resolver de manera apropiada en el marco del derecho de los tratados.

46. El segundo punto es el de los canales interoceánicos, acerca del cual el Sr. El-Erian debe reservar su posición, al igual que hizo con respecto a los regímenes internacionales aplicables a los Canales de Suez, Panamá y Kiel. En el asunto *Wimbledon*⁸, la Corte Permanente de Justicia Internacional asimiló en algunos aspectos las vías navegables artificiales a las vías naturales, en otras palabras, a los estrechos. La Corte se inclinó a aceptar la idea de que el derecho internacional consuetudinario complementa al derecho convencional en cuanto al régimen de las vías navegables artificiales. El Sr. El-Erian no puede aceptar el criterio, que parece haber adoptado el Relator Especial en su comentario, de considerar a las distintas vías navegables artificiales como objeto de regímenes independientes. Aun cuando puede haber diferencias de detalle en materia de gestión administrativa entre los diversos canales, según las disposiciones de las convenciones que les sean aplicables, todos ellos presentan dos rasgos fundamentales en común: el primero es que están dedicados a la navegación internacional y el segundo es la preservación de los derechos del Estado en cuyo territorio y bajo cuya jurisdicción se encuentra la vía navegable. En un Congreso reciente de la Asociación de Derecho Internacional, el Profesor Baxter, relator del tema de los canales interoceánicos, presentó un proyecto de artículos basado precisamente en ese supuesto fundamental de que sean cuales fueren las diferencias de detalle que puedan existir entre los distintos canales interoceánicos como medios de comunicación internacional, están sujetos al mismo régimen⁹. Pretender que hay una diferencia en cuanto al régimen aplicable a un canal interoceánico o a otro, cuando todos tienen el mismo objeto y sirven para el mismo propósito, sería contrario al principio de la igualdad soberana de los Estados. El Sr. El-Erian se reserva, pues, su posición sobre cualquier distinción que el Relator Especial establezca entre la Convención de

Constantinopla de 1888 relativa al Canal de Suez¹⁰ y los tratados que regulan otros canales interoceánicos.

47. El Sr. El-Erian coincide con el Sr. Elias en que sería conveniente suprimir el artículo 63. El mejor método de estudiar esta materia sería incluir un pasaje en el comentario que señale algunos de los efectos objetivos de los tratados y la dificultad de tratar dentro del marco del derecho de los tratados una materia que está ligada con otras cuestiones de derecho internacional. Cuando la Comisión proceda al examen del artículo 64 podría estudiar si las reservas que contiene no son suficientes para tratar de lo que el Relator Especial denomina, en el párrafo 3 de su comentario, la «indudablemente difícil y debatida cuestión» de que se ocupa el artículo 63.

48. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que ha estado lejos de tener el propósito de trazar en el párrafo 10 de su comentario cualquier distinción entre tal o cual canal; no ha adoptado ninguna posición absoluta con respecto a las diferencias que puedan existir entre una vía navegable internacional y otra.

49. No está de acuerdo además en que se haya desviado hacia cuestiones que caen fuera del ámbito del derecho de los tratados; en el artículo 63 se ha ocupado de los tratados y de sus efectos jurídicos. Quizá sea poco afortunado que algunos de los tratados que establecen regímenes de la clase contemplada en el artículo 63 se refieran a canales interoceánicos que son objeto de controversias políticas.

50. El Sr. VERDROSS dice que aprueba en principio el texto del artículo 63. Abarca casos que han ocurrido en la práctica y siguen siendo típico; por ejemplo, gracias al Tratado Antártico¹¹ algunos Estados han creado un régimen desmilitarizado que, en principio, es válido para todos los Estados si no se oponen objeciones. El artículo está redactado de tal modo que evita las dificultades intrínsecas de la teoría de los derechos *in rem*. Además, no es en modo alguno revolucionario, puesto que se basa totalmente en la noción del consentimiento; se refiere únicamente a la aplicación a situaciones especiales de principios ya aceptados por la Comisión.

51. Con respecto a la redacción sería mejor suprimir las palabras «expresa o implícitamente» en el apartado a) del párrafo 2, de modo que el texto siguiese la pauta del de otros artículos. En el apartado b) del párrafo 2 sería suficiente decir «cuando un Estado que no sea parte en el tratado no manifieste su oposición al mismo...» ya que la manifestación de oposición implica una protesta. Al final de ese inciso parece superflua la palabra «implícitamente»; la cuestión principal estriba en que el Estado acepte el régimen y no hay necesidad de señalar la manera de hacerlo.

Se levanta la sesión a las 12.20 horas.

⁸ P.C.I.J., 1923, Serie A, N.º 1.

⁹ Véase R. R. Baxter, *The Law of International Waterways*, Harvard, 1964, pág. 343 y siguientes.

¹⁰ *British and Foreign State Papers*, Vol. LXXIX, pág. 18 y siguientes.

¹¹ *United Nations Treaty Series*, Vol. 402, pág. 87 y siguientes