

102. Está seguro de que no existe ninguna norma general de derecho consuetudinario que permita conferir derechos a un tercer Estado. Naturalmente, la Comisión podría establecerla, pero ¿sería esto realmente un progreso? Se ha hablado mucho del desarrollo progresivo del derecho internacional pero ¿cuál sería el progreso al adoptar uno de los sistemas con preferencia a otro, el de la atribución sin el consentimiento del tercer Estado o el del consentimiento de dicho Estado?

103. El Sr. EL-ERIAN dice que el artículo 60 no pretende abarcar los derechos nacidos de instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales ni de tratados multilaterales generales de carácter normativo que establecen normas generales sobre la conducta de los Estados y que, a juicio de la Comisión, deben estar abiertos a la participación de todos los Estados. El orador no quiere dar a entender sin embargo que los Estados que adquieren la independencia y ocupan un puesto en la comunidad de naciones no estén obligados por el derecho consuetudinario aunque no hayan intervenido en su formación.

104. El artículo 60 se ocupa de los derechos de los Estados o de determinados arreglos entre grupos de Estados. Después de un largo debate en el 16.º período de sesiones¹⁹ la Comisión decidió no incluir en su proyecto un artículo sobre regímenes objetivos porque ello la habría hecho entrar demasiado en una materia muy complicada, común al derecho de los tratados y a otras ramas del derecho internacional.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

¹⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1964*, vol. I, págs. 101 a 114.

855.ª SESIÓN

Viernes 20 de mayo de 1966, a las 10 horas

Presidente: Sr. Mustafa Kamil YASSEEN

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Bartoš, Sr. Briggs, Sr. Castrén, Sr. El-Erian, Sr. Jiménez de Aréchaga, Sr. Lachs, Sr. de Luna, Sr. Paredes, Sr. Pessou, Sr. Rosenne, Sr. Tsuruoka, Sr. Tunkin, Sr. Verdross y Sir Humphrey Waldock.

Derecho de los tratados

(A/CN.4/186 y adiciones; A/CN.4/L.107 y L.115)

(continuación)

[Tema 1 del programa]

ARTÍCULO 60 (Tratados que prevén derechos para terceros Estados) (continuación)¹

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a continuar el examen del artículo 60.

2. El Sr. TSURUOKA dice que a primera vista los artículos 59 y 60, tal como en 1964 se redactaron², parecen

¹ Véase 854.ª sesión, a continuación del párrafo 23.

² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1964*, vol. II, págs. 175 y 176.

versar, el primero, sobre las obligaciones de terceros Estados y el segundo sobre los derechos de terceros Estados. Ahora bien, él tiene la impresión de que el artículo 60 trata de una mezcla de obligaciones y derechos y que, en lo que respecta a las obligaciones, su texto coincide en parte con el del artículo 59. Con todo, incluso si los artículos 59 y 60 no siguen una línea idéntica, ello no afecta al fondo y el orador puede en general aceptar las ideas que enuncian.

3. En cuanto a la forma, desea no obstante sugerir que se aborde el problema desde un ángulo distinto. ¿No sería posible partir del extremo opuesto, es decir, de las obligaciones y derechos de los Estados parte en un tratado respecto de terceros Estados? Dando por supuesto que si la Comisión acepta esa sugerencia se modificará pertinentemente el artículo 59, propone el siguiente texto para el artículo 60:

« Los Estados que sean parte en un tratado respetarán el derecho de un Estado que no sea parte en el mismo a gozar de la ventaja estipulada: a) si las partes en el tratado tienen la intención de conferir, mediante una disposición del tratado, dicha ventaja a ese Estado, a un grupo de Estados al que aquél pertenezca, o a todos los Estados; b) y si ese Estado cumple las condiciones que para el disfrute de dicha ventaja se fijen en el tratado o se establezcan de conformidad con el mismo. »

4. El Sr. PAREDES dice que un tratado es por definición un acuerdo entre dos o más Estados sobre una o más materias pero dicho acuerdo ni existe ni puede existir cuando se trata de imponer obligaciones o derechos a un tercer Estado. En ambos casos falta la razón o base del tratado, que es el consentimiento de las partes.

5. Las obligaciones impuestas por un Estado o un grupo de Estados a un agresor pueden ser necesarias, adecuadas y justas. Son necesarias en cuanto que el principio fundamental que rige la cooperación entre los Estados en el mundo moderno es la paz entre los pueblos, y la paz constituye uno de los propósitos esenciales de las Naciones Unidas. Es evidente que en este sentido la imposición de sanciones a un agresor es una necesidad absoluta. Sin embargo, esta necesidad no nace de un contrato concertado entre la víctima de la agresión y el agresor, incluso si, como bien puede ocurrir, ha habido un tratado entre ellos, porque es obvio que un agresor puede en un momento dado optar por el mal menor que representan las obligaciones que ha aceptado al negociar con la víctima de la agresión. Pero en ningún caso puede considerarse que esto constituya un acuerdo, porque es inconcebible que un agresor reconozca su condición de agresor y concierte un tratado relativo a las obligaciones que nacen para él de su agresión. Es cierto que puede haber un tratado válido y legítimo entre las víctimas de la agresión que luego alcanzan la victoria y el Estado vencido, pero no puede haber relación contractual entre las víctimas de la agresión y el agresor.

6. Lo mismo puede decirse de los derechos. Dado el principio de la igualdad de los Estados soberanos, es imposible imponer un derecho a un tercer Estado. El derecho debe ser aceptado por dicho Estado, que es el único juez capaz de determinar si aquél le beneficia o le

perjudica. Sólo cuando un tercer Estado acepta voluntariamente los derechos a él conferidos producen tales derechos sus efectos. De no ser así, aun sosteniendo que el tercer Estado conserve la facultad de aceptar o rechazar el derecho, hay una serie de circunstancias que podrían dificultar las relaciones entre Estados.

7. Por ejemplo, el derecho creado por un tratado entre dos o más Estados en favor de un tercer Estado puede no haber sido notificado a dicho Estado y ser tan sólo conocido de los que han concluido el tratado. Como el tercer Estado desconoce el derecho que se le ha conferido, puede en ciertos casos efectuar actos que parezcan significar una aceptación tácita, cuando no se trata de eso en realidad. Así, un derecho puede resultar perjudicial para el Estado al que las partes originales creían favorecer. El tercer Estado es el único que sabe si, teniendo presentes las circunstancias y las relaciones nacidas del derecho, éste le favorece. En consecuencia, es esencial que reconozca y acepte el derecho antes de ejercerlo. Por ello, le satisface al orador el texto aprobado en 1964, aunque desearía que se suprimieran las palabras « expresa o tácitamente ».

8. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, resumiendo el debate, dice que en general se opina que la norma del artículo 60 debe enunciarse en términos más positivos y no como ahora con carácter permisivo. En las dos últimas sesiones, el debate ha sido de gran categoría pero no se ha desbrozado mucho terreno y la actitud general de los miembros apenas difiere de la que adoptaron en el 16.º período de sesiones. Algunos estiman imposible aceptar la idea de que un derecho tiene su origen directo en un tratado e interpretan el artículo 60 en el sentido de que los derechos previstos en un tratado requerirán el consentimiento o el asentimiento expreso del tercer Estado. Otros miembros, de cuya tesis ha sido el portavoz principal el Sr. Jiménez de Aréchaga, sustentan el criterio opuesto y en 1964 permitieron, por así decirlo, que el texto pasase por estimar que era expresión del acuerdo más amplio al que podía llegar la Comisión y no tanto porque lo consideraran un enunciado correcto del derecho.

9. Del debate actual se infiere que la Comisión tendrá que atenerse más o menos al texto de 1964, pero el Comité de Redacción deberá estudiar hasta qué punto se puede atender a las diversas objeciones formuladas.

10. En tanto que miembro de la Comisión, su punto de partida es el mismo que el del Sr. Jiménez de Aréchaga. A su juicio, conforme a las normas existentes del derecho internacional, es insostenible la objeción a la fórmula de que un tratado puede crear por su propia fuerza un derecho en favor de terceros Estados. No le ha convencido el argumento de que dicha afirmación es contraria al principio de la igualdad de los Estados porque el tercer Estado no tiene obligación de asumir el derecho, incluso si no se imponen condiciones a su ejercicio.

11. En cuanto a la fuente del derecho, el principio *pacta sunt servanda*, con ser un elemento, no da la respuesta completa puesto que no explica por qué el derecho tiene fuerza frente al tercer Estado. La fuente del derecho no tiene tampoco que encontrarse necesariamente en un *pactum*. Incluso una declaración unilateral por parte de

un Estado puede crear en determinadas circunstancias una relación jurídica con otro. En el caso de un tratado cuya finalidad sea crear derechos para terceros Estados, se da una doble relación porque, como ocurre entre las partes, toda negativa a conceder el derecho a un tercer Estado sería una violación del tratado respecto de las partes en el mismo, así como una violación del derecho del tercer Estado.

12. Ya ha expuesto en su tercer informe³ las razones en que se basa para concluir que la jurisprudencia internacional reconoce ese derecho como norma jurídica consuetudinaria, y ninguno de los argumentos desde entonces aducidos le han hecho cambiar de parecer respecto a lo que se deduce de la jurisprudencia internacional. Es sorprendente que se haya invocado la opinión del magistrado Huber en defensa de la tesis opuesta, porque dicho magistrado, que era uno de los miembros de la Comisión de juristas en el caso de las Islas Aaland⁴, defendió de modo manifiesto la posición que ha adoptado el Sr. Jiménez de Aréchaga.

13. Dejando a un lado el problema estrictamente jurídico, sobre el cual existen divergencias de opiniones en la Comisión, conviene no incluir en el proyecto de artículos nada que pueda dar lugar a una interpretación que debilite la posición de los terceros Estados.

14. A su juicio, predomina la opinión de que la petición hecha por un tercer Estado de ejercer el derecho constituye en sí misma una forma de asentimiento que puede crear un nexo jurídico entre las partes en el tratado y dicho Estado. De ser así, el desacuerdo fundamental en la Comisión no es tan grande como parece. Puede haber casos especiales en que un tercer Estado sólo pueda asegurarse el ejercicio del derecho previsto en el tratado por conducto de una de las partes, pero ello no exige cambios fundamentales en el texto del artículo 60.

15. En el debate se han mencionado los problemas especiales planteados por los regímenes objetivos o los nuevos Estados que ingresan en la comunidad internacional, pero aun a ese respecto la posición del tercer Estado conforme a las disposiciones del artículo 60 no es necesariamente débil, sobre todo si se recuerda que el derecho consuetudinario se desarrolla de un modo paralelo al régimen establecido por el tratado.

16. Por supuesto, el Comité de Redacción deberá examinar la sugerencia del Sr. Tsuruoka de que se invierta toda la estructura de los artículos 59 y 60 y que se enuncie la ley con referencia a la posición jurídica de las partes en el tratado. Ahora bien, lo que la Comisión se propone con esos artículos es indicar cuál debe ser la posición de los terceros Estados. Sin duda, como entre las partes, se aplicará el principio *pacta sunt servanda*. La Comisión trata de exponer la posición jurídica de las partes frente a terceros Estados y viceversa.

17. Para ser breve, no comentará muchas de las otras observaciones hechas durante el debate, aunque sería interesante hacerlo.

³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1964, vol. II, págs. 19 a 24.

⁴ Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, octubre 1920, Suplemento especial N.º 3.

18. El Sr. AGO dice que, si bien acepta enteramente el principio de que el consentimiento del tercer Estado es necesario para que nazca un derecho en su favor, y que es imposible que se origine un derecho para un sujeto de derecho cualquiera contra su voluntad y sin su consentimiento, no por ello deja de apreciar las razones a las que obedecen algunas preocupaciones expresadas por el Sr. Jiménez de Aréchaga y por el Relator Especial. Se pregunta si no habría algún medio de conservar el principio teniendo al propio tiempo en cuenta esas preocupaciones.

19. Como ya ha dicho, suponiendo que un derecho nazca del tratado mismo sin consentimiento del tercer Estado, se llegaría al resultado absurdo de que el tercer Estado ni siquiera podría rechazar el derecho; tendría que reconocer que había nacido un derecho y luego renunciar a él. Encuentra inaceptable esta idea y, prescindiendo del principio para enfocar las consecuencias prácticas, se pregunta si algunas objeciones no tienen su origen en la expresión « expresa o tácitamente ». Le ha impresionado la observación del Sr. Jiménez de Aréchaga de que a veces hay manifestaciones, el ejercicio de un derecho por ejemplo, en las que es difícil ver una especie de manifestación tácita del consentimiento. Probablemente, en tales casos se ha dado el consentimiento tácito con anterioridad, pero de algún otro modo.

20. Personalmente se inclina a creer que lo que realmente ocurre es algo muy distinto. Cuando las partes en un tratado desean conceder un derecho a un tercer Estado, el consentimiento de éste o se expresa, o se presume que se ha dado, salvo prueba en contrario. En realidad, en vez de usar la palabra « tácitamente », el Comité de Redacción debe estudiar la posibilidad de sustituir el apartado b por las palabras « si ese Estado consiente. Se presumirá su consentimiento si no hay indicación en contrario ».

21. Esta fórmula permitiría conservar el principio del consentimiento, que es esencial, y tener al mismo tiempo en cuenta las preocupaciones de los que desean precisar el concepto de consentimiento tácito, con lo cual se suavizaría algo la oposición manifestada y se conseguiría un apoyo más amplio.

22. El Sr. BARTOŠ apoya en principio la modificación propuesta por el Sr. Ago, siempre que el Comité de Redacción tenga en cuenta el plazo dentro del cual el tercer Estado deberá dar una « indicación en contrario », ya que transcurrido cierto tiempo podría ser peligroso revocar la presunción de que se ha dado el consentimiento.

23. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, reconoce que en teoría la fórmula propuesta por el Sr. Ago no menoscaba el principio en que dicho artículo se basa. Pero el Sr. Bartoš ha planteado un problema práctico importante: ¿ durante cuánto tiempo puede considerarse que el silencio del tercer Estado entraña un consentimiento? y ¿ hasta cuándo puede el Estado destruir la presunción de que ha consentido?

24. El Sr. AGO precisa que, conforme a su propuesta, un tercer Estado puede rechazar el derecho en todo momento.

25. El Sr. de LUNA dice que cuando las partes en un tratado asumen *inter se* la obligación de conceder un

derecho a un tercer Estado, esa obligación entre las partes es perfecta, independientemente de la voluntad del tercer Estado, en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Ello no significa que el derecho concedido al tercer Estado nazca de este principio sino que en virtud del principio de que lo que no está prohibido está permitido, todos los Estados pueden obligarse entre sí por medio de un tratado, siempre que éste no viole ninguna norma del derecho internacional. Independientemente de la importancia que los miembros de la Comisión, cuya opinión está dividida en este punto, atribuyan como ejemplo al caso de las zonas francas⁵, a la práctica consignada en los tratados de paz o al ejemplo de las cláusulas de adhesión citado por el Sr. Verdross en 1964⁶, el orador no conoce ningún principio de derecho internacional que prohíba a los Estados parte en un tratado obligarse entre sí a conceder un derecho a un tercer Estado.

26. Tanto si los miembros de la Comisión consideran que se crea efectivamente un derecho para un tercer Estado como si estiman que se trata de una oferta que tan sólo origina un derecho cuando el tercer Estado lo acepta expresa o tácitamente, está claro que todos ellos convienen en que las partes quedan obligadas en virtud del principio de la buena fe a cumplir lo que prometen *animo obligandi*. Por supuesto, sería una contradicción sostener que el derecho es creado únicamente por la norma *pacta sunt servanda*, que sólo obliga a las partes.

27. El Sr. El-Erian ha hablado del *estoppel* pero se trata de un aspecto distinto del mismo concepto.

28. En todo caso, la propuesta del Sr. Ago no afecta al principio que divide a la Comisión en dos campos, pero en cambio resuelve una serie de problemas prácticos que la noción del consentimiento tácito iba a complicar innecesariamente. La presunción del consentimiento que enuncia es satisfactoria para quienes consideran que se trata del consentimiento con miras al ejercicio del derecho, para quienes se trata del consentimiento a la creación del derecho, para todos los miembros de la Comisión a los que la interpretación jurídica de la noción del consentimiento tácito plantea un problema difícil y, por último, es satisfactoria en lo tocante a la práctica de los Estados, que saldrán de su incertidumbre; en efecto, la noción del consentimiento tácito no contribuye a la seguridad y estabilidad de las relaciones internacionales.

29. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, declara que la propuesta del Sr. Ago es análoga a la que el Relator inicialmente expuso en su tercer informe⁷ para tratar de satisfacer ambos puntos de vista en la controversia doctrinal. Si la propuesta encuentra una aceptación general y obtiene un apoyo amplio en la Comisión, admitirá que se introduzca una modificación en ese sentido. Personalmente preferiría que en el artículo 60 no se hiciera referencia al consentimiento expreso o tácito, por las dificultades de interpretación que ello puede ocasionar.

⁵ P.C.I.J. (1932), serie A/B, N.º 46.

⁶ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1964, vol. I, pág. 88, párr. 51.

⁷ Op. cit., vol. II, documento A/CN.4/167, artículo 62.

30. El PRESIDENTE propone que se remita el artículo 60 al Comité de Redacción para que lo examine habida cuenta de las deliberaciones.

*Así queda acordado*⁸.

ARTÍCULO 61 (Revocación o modificación de las disposiciones relativas a obligaciones o derechos de terceros Estados) [33]

Artículo 61 [33]

Revocación o modificación de las disposiciones relativas a obligaciones o derechos de terceros Estados

Cuando, según lo previsto en los artículos 55 y 60, una disposición de un tratado haya dado origen a una obligación o a un derecho para un Estado que no sea parte en el mismo, dicha disposición sólo podrá revocarse o modificarse con el consentimiento de ese Estado, a menos que del tratado no se deduzca que la disposición fuese revocable.

31. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el artículo 61 para el cual propone el Relator Especial el siguiente nuevo texto:

« 1. Cuando de conformidad con el artículo 59 haya nacido una obligación para un Estado que no sea parte en un tratado, las partes:

a) podrán luego dar por terminada la obligación total o parcialmente notificándolo a tal Estado;

b) sólo podrán luego modificar la obligación de cualquier otro modo con el consentimiento de tal Estado.

» 2. Cuando de conformidad con el artículo 60 haya nacido un derecho para un Estado que no sea parte en un tratado, las partes:

a) podrán luego dar por terminado el derecho total o parcialmente previa notificación a tal Estado con X meses de anticipación, salvo que se deduzca que el derecho era irrevocable a no ser con el consentimiento de ese Estado;

b) sólo podrán luego modificar el derecho de cualquier otro modo con arreglo a las normas establecidas en los artículos 59 y 60. »

32. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que el artículo 61 está estrechamente relacionado con el 59 y sobre todo con el 60 (A/CN.4/L.107). Los gobiernos han hecho algunas observaciones interesantes que él analiza en su informe (A/CN.4/186/Add.2) con mayor extensión de lo que a primera vista parece necesario, porque suscitan cuestiones de principio que obligan a la Comisión a examinar más detenidamente el artículo.

33. Varios gobiernos estiman que debe suprimirse el artículo, pero el orador no está de acuerdo porque las normas que enuncian los dos artículos anteriores requieren una disposición acerca de la situación de las partes con respecto a la revocación o modificación de las disposiciones de un tratado que se refieren a las obligaciones o derechos de terceros Estados. El problema originó dificultades en un

caso llevado ante la Corte Permanente de Justicia Internacional. La Comisión recordará la opinión disidente formulada conjuntamente por los magistrados Altamira y Hurst en el asunto de las zonas francas⁹.

34. No carece de fuerza la tesis del Gobierno de los Países Bajos de que las cláusulas de los artículos 59 y 60 deben aplicarse a la revocación o a la modificación de disposiciones concernientes a obligaciones o derechos de terceros Estados, pero el problema estriba en si la Comisión ha de aceptar la lógica de esa afirmación o considerar la relación entre las partes en el tratado y un tercer Estado al que el tratado impone obligaciones o confiere derechos como un caso especial por la forma en que nacen las obligaciones o los derechos. La Comisión ha adoptado en realidad este último criterio que el orador, en tanto que Relator Especial, estima acertado; sin embargo, debe indicarse con más claridad cuál es la situación entre las partes y terceros Estados. Después de estudiar las observaciones de los gobiernos y de las delegaciones, ha llegado a la conclusión de que el artículo 61 es más complejo de lo que parece y necesita nuevo examen.

35. Quizá convenga tratar por separado de las obligaciones y de los derechos, como se ha hecho en artículos anteriores, pues no carecen de fuerza las críticas de que la Comisión se ha excedido en la protección de los derechos de terceros Estados y de que no es procedente exigir el consentimiento de éstos para poner término a una obligación. Por estos motivos ha preparado un nuevo texto que somete a examen.

36. El Sr. VERDROSS opina que si la Comisión mantiene los artículos 59 y 60, aun en el caso de que se modifique éste en la forma propuesta por el Sr. Ago, el texto del artículo 61 aprobado por la Comisión en primera lectura es preferible al nuevo texto del Relator Especial. Los artículos 59 y 60 se basan en la idea de que no cabe obligación ni derecho para terceros Estados sin su consentimiento; de ello se desprende lógicamente que no se puede modificar tal obligación o tal derecho sin el consentimiento del tercer Estado, a menos que del tratado se deduzca que es revocable la disposición que establece la obligación o el derecho.

37. Aun cuando la Comisión quiera aceptar el criterio del Relator Especial, no parece posible afirmar que la obligación así creada por el tratado pueda modificarse por mera notificación al tercer Estado. En primer lugar habría que modificar el tratado, y esta modificación sería la que habría que notificar al tercer Estado.

38. Si, aunque parece poco probable, la Comisión quiere volver a la idea inicial del Relator Especial, que recibió el apoyo del Sr. Jiménez de Aréchaga, del Sr. de Luna y del propio orador, éste cree innecesario especificar que si los Estados parte en el tratado crearon un derecho en favor de un tercer Estado sólo podrán modificar el tratado a ese respecto si el tercer Estado no ha hecho uso del derecho.

39. El Sr. BRIGGS se inclina por la sugerencia del Relator Especial, de tratar por separado la revocabilidad de las obligaciones y derechos de terceros Estados, pero se

⁸ Véase reanudación del debate en los párrafos 2 a 52 de la 868.ª sesión.

⁹ P.C.I.J. (1932), serie A/B, N.º 46, pág. 185.

pregunta si en el artículo debe subrayarse la revocabilidad o el otro aspecto, que es el derecho de las partes a modificar una disposición de un tratado, haciendo así ineficaz para terceros la obligación o el derecho.

40. El problema está en saber cuáles son a ese respecto los derechos del tercero y de las partes, y si una obligación contraída o un derecho aceptado por un tercero puede revocarse o modificarse sin su consentimiento. En el texto de 1964 se respondió en sentido negativo, pero algunos gobiernos criticaron esta solución por estimarla demasiado rígida.

41. Es probable que el nuevo texto del apartado *a* del párrafo 1 que propone el Relator Especial sea una formulación adecuada de la norma, pero ¿cómo habrá de interpretarse el nuevo apartado *b* del párrafo 1? ¿Significa que la obligación contraída conforme a la disposición del tratado no puede modificarse a los efectos de darle mayor precisión, sin el consentimiento del tercer Estado? El problema existe y ya se planteó en relación con el Artículo 2 de la Carta cuando la República Federal de Alemania declaró en el Acta Final de la Conferencia de nueve países, celebrada en Londres en 1954, que aceptaba las obligaciones estipuladas en dicho Artículo¹⁰. La consecuencia de una interpretación contraria sería conceder al Estado que no es parte en el tratado un derecho de veto absoluto respecto de la modificación de las disposiciones del tratado, lo cual sería inadmisibles. Si, como el orador supone, el propósito del Relator Especial es indicar en el apartado *b* del párrafo 1 que debe permitirse al Estado que no es parte en un tratado participar en el proceso de revisión y que no puede obligársele por la disposición modificada sin su consentimiento, ello debería exponerse con mayor claridad. Pone en duda que la Comisión pueda ir más allá de esta solución.

42. En cuanto al nuevo párrafo 2, es preferible formular la norma en el sentido de la terminación o modificación de la disposición del tratado y exponer seguidamente sus consecuencias para el tercer Estado. Este no es sólo un problema de lógica jurídica, subordinado al criterio doctrinal que se sustente respecto de los artículos 59 y 60, sino un problema político. El propósito que persigue el Relator Especial en el nuevo texto del párrafo 2 es aceptable en la medida en que las partes tengan derecho, previa notificación, a poner término a las disposiciones del tratado o a modificarlas.

43. La dificultad que el párrafo suscita concierne a la pretendida irrevocabilidad de un derecho proveniente de la disposición de un tratado y al derecho de veto de un Estado no parte con respecto a la modificación de tal disposición. La revocabilidad de determinada disposición del tratado o de un derecho aceptado por un Estado tercero puede variar considerablemente con el tratado. Tomando como ejemplo el caso de un tratado que disponga la libertad de tránsito de los buques mercantes de todos los Estados a través de un canal, ¿podrían las partes en el tratado poner término a una de sus disposiciones notificándolo simplemente? ¿Podrían también modificar una disposición estipulando, sin el consentimiento de los usua-

rios del canal no partes en el tratado, que la libertad de tránsito estaría limitada a los buques mercantes no nucleares? En la segunda hipótesis se trataría menos de revocación de un derecho que de limitación del mismo. La esencia del derecho de un Estado no parte ¿consiste en el derecho de usuario en virtud de las condiciones originales establecidas en el tratado, o comprende la facultad de participar en la modificación de ese derecho incluso hasta el punto de poder impedir cualquier modificación? Un Estado no parte en el tratado puede estar interesado únicamente en alguna de sus disposiciones, y en tal caso los derechos de ese Estado con respecto a la terminación o la modificación de la referida disposición pueden considerarse de menor importancia que los derechos de las partes con respecto a la totalidad del tratado. Por último, ¿puede argumentarse análogamente respecto de un derecho que dimana de un tratado bilateral por el que se regule la navegación a través de un canal utilizable por centenares de Estados no partes en el tratado?

44. Es más fácil plantear esos problemas que resolverlos y, en resumidas cuentas, llega a la conclusión de que, si bien debe quedar totalmente aparte la cuestión de los regímenes objetivos en derecho internacional, deben invertirse, a los efectos del artículo 61, los términos del supuesto en que se basa el texto de 1964, como propone el Relator Especial en el nuevo párrafo 2. Un texto análogo, con algunas modificaciones de forma, podría proporcionar una solución.

45. El Sr. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA comenta el texto del Relator Especial y dice que en su opinión el Gobierno de los Países Bajos tiene razón al estimar innecesaria una disposición como la del párrafo 1 sobre la terminación o modificación de obligaciones, pues tal disposición o suprime la obligación del tercer Estado o la hace menos onerosa, de manera que de hecho confiere al tercer Estado un derecho que se regirá por el artículo 60, o hace la obligación más onerosa y de este modo impone al tercer Estado una obligación que se regirá por el artículo 59.

46. Si se suprimiera el párrafo 1, se tendría también en cuenta la observación del Gobierno húngaro de que hay cierta falta de concordancia entre el artículo 61 y los dos artículos precedentes.

47. Por otra parte, el párrafo 2 da respuesta a un problema muy real que se ha planteado en la práctica internacional. Apoya enteramente la propuesta del Relator Especial, de invertir el planteamiento de la norma enunciada en 1964 por lo que se refiere a la irrevocabilidad de derechos. La fórmula ahora propuesta sería así plenamente conforme a la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las zonas francas acerca de si las partes contratantes pueden abolir el derecho conferido a un tercer Estado sin el consentimiento del beneficiario.

48. Es de especial interés, en lo que concierne a la zona franca de Gex, el asunto planteado ante la Corte. Dicha zona se creó en 1815 por los tratados de Viena y de París en virtud de los cuales Francia debía conceder el beneficio de la zona franca a Ginebra. En 1919, Francia obtuvo de todas las partes en el tratado de Viena la inclusión en el

¹⁰ *British and Foreign State Papers*, vol. 161, pág. 405.

tratado de Versalles del artículo 435 en el que se declara que las estipulaciones de los tratados de 1815 concernientes a las zonas francas no están ya en consonancia con las circunstancias actuales. En consecuencia, Francia alegó ante la Corte que en virtud de ese artículo quedaba desligada de sus obligaciones puesto que el tercer Estado, Suiza, que no era parte en los tratados de 1815 y 1919, no tenía derecho a alegar que la abrogación del tratado estaba subordinada a su consentimiento.

49. Suiza replicó que la intención de todas las partes en 1815 fue concederle un derecho irrevocable y que por consiguiente poseía un derecho adquirido que no se podía abolir sin su consentimiento. La Corte se pronunció en favor de Suiza, declarando que: « No se puede presumir a la ligera que las estipulaciones beneficiosas para un tercer Estado hayan sido adoptadas con objeto de crear en su favor un verdadero derecho. Sin embargo, nada se opone a que la voluntad de los Estados soberanos tenga esa finalidad y ese efecto. La existencia de un derecho adquirido en virtud de un instrumento concertado por otros Estados es por tanto una cuestión que ha de decidirse en cada caso concreto; hay que determinar si los Estados que han hecho estipulaciones en beneficio de un tercero han tenido el propósito de crear en favor de él un verdadero derecho que como tal ha aceptado ese Estado »¹¹.

50. La referencia de la Corte a la « voluntad de los Estados soberanos » partes en el tratado, en el sentido de que tenga la « finalidad y el efecto » de crear un derecho en favor de un tercer Estado, significa su aceptación de la tesis suiza de que el principio *pacta sunt servanda* constituye el fundamento jurídico de los derechos en favor del tercer Estado. La Corte no fundó su conclusión en la teoría de la oferta y del acuerdo colateral, que sólo invocó el magistrado Negulesco en su voto particular.

51. En la terminología de la Corte, « verdadero derecho » quiere decir un derecho que no puede ser abolido sin el consentimiento del beneficiario. Sin embargo, puesto que la Corte afirmó que no se puede « presumir a la ligera » la intención de conceder un derecho irrevocable, es adecuado formular la norma tal como ahora la propone el Relator Especial en el apartado *a* del párrafo 2.

52. Los tratados que abrieron los ríos Uruguay y Paraná a la libre navegación de todos los países constituyen un ejemplo de la intención de conceder un derecho irrevocable. Dichos tratados fueron resultado de un largo conflicto entre la provincia de Buenos Aires, que quería cerrar los ríos y tener así el monopolio del comercio internacional, y las demás provincias aguas arriba del Río de la Plata, partidarias del libre acceso a sus puertos de la navegación internacional.

53. Los Artículos 32 y 35 de la Carta de las Naciones Unidas, que establecen el derecho de los Estados no miembros a comparecer en ciertos casos ante los órganos de las Naciones Unidas, son ejemplo de disposiciones de un tratado por las que se concede a terceros Estados derechos que se pueden modificar o abolir sin el consentimiento del beneficiario, por las reformas de las disposiciones de la Carta previstas en sus Artículos 108 y 109. Sin embargo,

no cree acertado exigir la notificación en tales casos. En la hipótesis de una posible modificación del Artículo 32 o del Artículo 35 de la Carta, es difícil saber a qué Estados habría de hacerse la notificación a que se refiere el apartado *a* del párrafo 2 del texto del Relator Especial.

54. La disposición del apartado *b* de ese mismo párrafo no es necesaria, pues las modificaciones ya están previstas en los artículos 59 y 60. El apartado *b* del párrafo 2 se opone en cierto modo al párrafo 2 del artículo 60, que autoriza el establecimiento de nuevas condiciones para el ejercicio de un derecho y dice que esa modificación puede efectuarse « de conformidad con el mismo » (el tratado) y no necesariamente mediante un tratado.

55. El caso indicado por el Sr. Briggs a propósito del derecho de tránsito estaría comprendido en el párrafo 2 del artículo 60, relativo a las condiciones para el ejercicio del derecho; el artículo 61 trata de la revocación del derecho.

56. El Sr. AGO coincide con el Sr. Verdross en que la Comisión debe ser consecuente y tener en cuenta la actitud que ha adoptado con respecto a los artículos precedentes. Si, como él cree, el derecho o la obligación del tercer Estado se basa en un acuerdo entre las partes en el tratado y ese Estado, es evidente que tal derecho u obligación no se pueden modificar ni revocar sin su consentimiento. Desde ese punto de vista, era sin duda preferible el artículo 61 aprobado por la Comisión en 1964, a pesar de algún leve defecto de redacción, pues no es la « disposición » del tratado la que no se puede revocar ni modificar sin el consentimiento del tercer Estado sino la obligación o el derecho de éste.

57. La norma enunciada en el texto de 1964 era quizá excesivamente rígida e iba demasiado lejos en cuanto a salvaguardar el derecho o la obligación del tercer Estado. Si se ha establecido un acuerdo entre las partes en el tratado y el tercer Estado, tal acuerdo habrá de regirse por todas las normas sobre los acuerdos en general; sería absurdo que ese acuerdo obtuviera protección mayor que la normal. Disponer que la obligación o el derecho no se pueden abrogar ni modificar sin el consentimiento del tercer Estado, a menos que se desprenda del tratado la revocabilidad de la disposición, es dar al derecho o a la obligación un carácter fundamentalmente intangible. Nada se ha previsto para el caso en que el tratado que constituya la base de tal derecho u obligación resulte nulo a consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias o de la aparición de una nueva norma de *jus cogens*. Pero en tal hipótesis, la oferta que consta en el tratado queda evidentemente anulada y por tanto no se puede sostener que el derecho o la obligación del tercer Estado continúa existiendo aunque el tratado del que provienen haya pasado a ser nulo.

58. Por otra parte, aunque el Relator Especial merece gratitud por haber tratado de dar una formulación más flexible al artículo, el orador teme que el texto que propone se exceda en ese sentido, ya que suprime virtualmente la idea del consentimiento del tercer Estado.

59. Tampoco está seguro de que haya que establecer regímenes separados para los derechos y para las obliga-

¹¹ P.C.I.J. (1932), serie A/B, N.º 46, págs. 147 y 148.

ciones. Un Estado puede ser reacio a aceptar un derecho que le ofrece otro Estado e igualmente reacio a desligarse de una obligación que aceptara con anterioridad. La vida internacional es de tal índole que una obligación puede constituir la garantía fundamental de un Estado, que quizá se vería en posición muy embarazosa si perdiera esa garantía por un acto unilateral de las partes en el tratado. El tercer Estado puede tener muy buenas razones para aceptar la obligación y también puede tenerlas para desear que se mantenga.

60. Quizá el texto del Relator Especial sea también algo impreciso con respecto a los derechos; pudiera ser difícil demostrar que del tratado se deduce que « el derecho era irrevocable ».

61. Igual que ocurría con el texto de 1964, el nuevo texto no abarca las dos hipótesis de anulación del tratado que ha mencionado el orador: por un cambio fundamental en las circunstancias y por la aparición de una nueva norma de *jus cogens*.

62. Quizá se debiera tener en cuenta en el artículo 61 o por lo menos en el comentario otro elemento, a saber, que todos los vicios del consentimiento pueden darse en cuanto a ese acuerdo, entre las partes en el tratado y el tercer Estado, que ha originado el derecho o la obligación del tercer Estado.

63. La Comisión debería pues volver a examinar cuidadosamente el artículo y lograr un texto más satisfactorio.

64. El Sr. ROSENNE agradecería al Relator Especial que aclarase algunos puntos respecto del nuevo texto. Primero, ¿qué sentido tienen las palabras « dar por terminado »? En los debates de la Comisión se han sugerido dos interpretaciones: una es que el proyecto de artículos no comprende todos los casos en que un derecho o una obligación terminan, en particular el caso de desuso; y otra, que tan sólo se refiere a la terminación con arreglo a alguna de las disposiciones sustantivas de la parte II del proyecto. Precisamente para soslayar esa dificultad, la Comisión decidió en 1964 sustituir las palabras « poner término » por « revocar »¹².

65. Segundo, en el apartado *a* de los párrafos 1 y 2, ¿cuál es el sentido de la expresión « total o parcialmente »? ¿Se pretende con tal expresión establecer un nexo entre las disposiciones del artículo 61 y las del artículo 46 sobre divisibilidad?

66. Tercero, la palabra « modificar » que se utiliza en el apartado *b* de los párrafos 1 y 2 ¿tiene el mismo sentido que en el grupo de artículos sobre la modificación?¹³

67. Cuarto, ¿cuáles son las razones del Relator Especial para sustituir la expresión « a menos que del tratado no se deduzca » por las palabras « salvo que se deduzca »?

68. Duda de que sea necesario el artículo 61, pues su verdadero contenido ya figura o debería figurar en una formulación adecuada de los artículos 59 y 60, a los que en realidad se remite en cuanto a la cuestión fundamental de los derechos.

69. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que los cambios de forma señalados por el Sr. Rosenne se deben en gran parte a que el texto revisado se refiere a la modificación del derecho o de la obligación del tercer Estado, no a la modificación de la disposición del tratado que establece ese derecho o esa obligación. En particular, la referencia a la terminación de la obligación tiene por finalidad incluir la renuncia por las partes al derecho que tienen de exigir el cumplimiento de la obligación asumida por el tercer Estado. En el texto de 1964 se utilizó el verbo « revocar » porque el artículo se había redactado sobre el supuesto de la modificación de la disposición del tratado. La modificación de la disposición de un tratado es de la incumbencia de las partes; en el nuevo texto se carga el acento sobre la relación que existe entre las partes y el tercer Estado.

70. El problema de la renuncia parcial puede resultar sumamente complicado, porque puede entrañar una modificación de los derechos del tercer Estado. Quizá fuera preferible tratar esta cuestión como un aspecto de la modificación, que es objeto del apartado *b* del párrafo 1.

71. En el apartado *a* del párrafo 2, después de la expresión « salvo que se deduzca », se han omitido involuntariamente las palabras « del tratado », que deben insertarse de nuevo.

72. El mantenimiento del artículo 61 es asunto que debe estudiarse cuando la Comisión haya terminado de examinar las disposiciones del artículo.

73. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, reconoce que la nueva versión del artículo 61 del Relator Especial representa un laudable esfuerzo. Se inclina a aceptar el nuevo planteamiento según el cual lo que puede modificarse es la obligación o el derecho del tercer Estado y no la disposición del tratado.

74. Sin embargo, la nueva versión va demasiado lejos, ya que es indispensable alguna correspondencia entre la norma que crea el derecho o la obligación para un tercer Estado y la norma que los modifica o extingue. La Comisión ha exigido el consentimiento explícito del tercer Estado cuando se trata de una obligación, y en cambio admite como suficiente el consentimiento tácito cuando se trata de un derecho. El Sr. Ago ha contribuido a reducir las diferencias entre los criterios doctrinales en pugna al proponer que el artículo 60 contenga una presunción en favor de la aceptación del derecho por el tercer Estado. En tal caso sería lógico disponer que la obligación se puede modificar o extinguir con el consentimiento tácito del tercer Estado; pero por las razones prácticas acertadamente expuestas por el Sr. Ago, sería excesivo afirmar que la obligación se puede extinguir mediante simple notificación. Tampoco es posible desde el punto de vista teórico poner término por mera notificación unilateral a una obligación creada por un acuerdo colateral entre las partes en el tratado y el tercer Estado.

75. En 1964, defendió la presunción en favor de la irrevocabilidad del derecho del tercer Estado, y ahora confía en que se mantenga esa presunción. En efecto, cuando se tiene la intención de conceder un derecho se da por supuesto el propósito de que ese derecho sea permanente, a menos que se declare expresamente su revocabilidad.

¹² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1964, vol. I, 751.^a sesión, párrs. 71 a 95.*

¹³ Artículos 65 a 68.

76. Comparte la preocupación del Sr. Ago en cuanto a la suerte que pueda correr la obligación o el derecho de un tercer Estado en caso de que el tratado que ha dado origen a la obligación o al derecho quede anulado por una nueva norma de *jus cogens*.

77. El Sr. BARTOŠ tiene poco que añadir a lo dicho por el Sr. Ago y por el Sr. Yasseen, con quienes está completamente de acuerdo. En primera lectura sostuvo la tesis de la presunción de irrevocabilidad de las situaciones establecidas. En nombre de los grandes principios de libertad y autodeterminación cabe otorgar al tercer Estado la posibilidad de liberarse de una obligación, aun en el caso de que esa obligación tenga la apariencia de una obligación internacional. Por las razones que han expuesto el Sr. Ago y el Sr. Yasseen, el orador ratifica la actitud que mantuvo en primera lectura, a saber, que la revocabilidad no se presume y que debe expresarse el consentimiento del Estado a quien aquélla afecta.

78. El Sr. de LUNA es partidario de invertir la presunción, como hace el Relator Especial en su nuevo texto, porque en las relaciones internacionales es más frecuente el egoísmo que la generosidad.

79. Es indispensable no perder de vista la necesidad de garantizar la seguridad de los negocios jurídicos. Ahora bien, la protección que se concede al tercer Estado no debe ir más allá de la que se concede a las propias partes y por ello elogia los esfuerzos del Relator Especial por preparar un texto que tenga en cuenta ese aspecto del problema.

80. Al mismo tiempo, la Comisión debe ser consecuente consigo misma. Ha basado las normas de los artículos 58 y 60 en el consentimiento del tercer Estado y por consiguiente en un acuerdo colateral. La consecuencia lógica es que no pueden establecerse derechos ni obligaciones para un tercer Estado sin su consentimiento, y este mismo criterio debe prevalecer en el artículo 61.

81. El Sr. Ago ha planteado una nueva cuestión al referirse a la posible nulidad de un tratado que haya establecido el derecho o la obligación para terceros. En este caso se plantea el problema de si el acuerdo colateral con el tercer Estado puede seguir existiendo independientemente del tratado principal. Este problema entraña la difícil cuestión de las obligaciones contractuales incompatibles.

82. El nuevo texto del Relator Especial se adapta mucho más a la posición doctrinal del orador, que lo haría aún más flexible. Sin embargo, hay que reconocer que los gobiernos no han hecho ninguna indicación en tal sentido, y en realidad han expresado gran ansiedad ante las posibles consecuencias de la presunción establecida en el artículo.

83. Por último, la norma del artículo 61 no debe colocar al tercer Estado en situación mejor de la que disfrutaría siendo parte en el tratado. En las negociaciones que condujeron al tratado Hay-Pauncefote de 1901 sobre la libertad de navegación por el Canal de Panamá, el Reino Unido abogó por que el tratado estuviese abierto a la adhesión de todos los Estados, pero los Estados Unidos se opusieron y prefirieron incluir una cláusula estableciendo el derecho de libre navegación para todos los países. Por

consiguiente, la situación que resulte en casos de esa índole para un tercer Estado en virtud del artículo 61 no debe ser mejor que la resultante de la adhesión.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

856.^a SESIÓN

Lunes 23 de mayo de 1966, a las 15 horas

Presidente: Sr. Mustafa Kamil YASSEEN

Presentes: Sr. Ago, Sr. Amado, Sr. Bartoš, Sr. Briggs, Sr. Castrén, Sr. El-Erian, Sr. Jiménez de Aréchaga, Sr. de Luna, Sr. Paredes, Sr. Pessou, Sr. Reuter, Sr. Rosenne, Sr. Tsuruoka, Sr. Tunkin, Sr. Verdross y Sir Humphrey Waldock.

Derecho de los tratados

(A/CN.4/186 y adiciones; A/CN.4/L.107 y L.115)

(*continuación*)

[Tema 1 del programa]

ARTÍCULO 61 (Revocación o modificación de las disposiciones relativas a obligaciones o derechos de terceros Estados) (*continuación*)¹

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a continuar el examen del artículo 61.

2. El Sr. TUNKIN dice que el nuevo texto del Relator Especial para el artículo 61² apenas mejora el texto de 1964. En primer lugar, hay cierta contradicción entre los apartados *a* y *b* del párrafo 1; modificar y poner término pueden ser cosas muy parecidas y es difícil entender por qué para la segunda basta una mera notificación mientras que para modificar la obligación se exige el consentimiento.

3. Pero más importante es la cuestión planteada por el Sr. Ago en la sesión anterior. Nada permite suponer que una obligación constituye invariablemente una carga de la cual el tercer Estado celebraría librarse. En realidad, es bastante corriente que el tercer Estado tenga algún interés en la obligación que ha asumido u obtenga de ella alguna ventaja.

4. Las obligaciones del tercer Estado nacen de un acuerdo colateral entre él y las partes contratantes iniciales. Sólo se puede poner término a ese acuerdo colateral con el consentimiento de dichas partes y del tercer Estado, salvo que se haya acordado cosa distinta.

5. El párrafo 2 trata de los derechos del tercer Estado, y aquí deben aplicarse los mismos principios. No cree justificado volverse de la presunción en que se base el texto de 1964, la cual es compatible no sólo con los artícu-

¹ Véase 855.^a sesión, a continuación del párrafo 30.

² *Ibid.*, párr. 31.