

LA CLÁUSULA DE LA NACION MÁS FAVORECIDA Y LA EFICACIA ANTE TERCEROS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Lic. Carlos German Pantoja Murillo^{1}*

RESUMEN:

La aplicación efectiva de los Tratados tiene un área sobre la cual no existe uniformidad de criterios cual es el tema de la eficacia de estos instrumentos sobre terceros Estados. La Cláusula de la nación más favorecida ofrece un ejemplo que se remonta en la historia hasta alcanzar gran diversidad de aplicaciones y gozar de aceptación generalizada, siendo un caso típico de estipulación a favor de terceros Estados.

PALABRAS CLAVE:

Cláusula de la nación más favorecida (en adelante Cláusula NMF) – Eficacia de los tratados –Estipulación a favor de Tercero.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del vasto tema del derecho de los Tratados, uno de los aspectos que ofrece mayor interés es el de los efectos de estos instrumentos internacionales. Al tema, le dedican los especialistas en derecho internacional su atención, si bien que en el caso de los tratadistas de manera marginal. En nuestro caso, trataremos con detalle el efecto de los tratados fuera del ámbito de las partes contratantes, o sea la eficacia de estos cuerpos normativos internacionales, en lo que respecta a terceros Estados u organizaciones.

El artículo 34 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados establece,

1. * Abogado por la Universidad de Brasilia. Egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional de Costa Rica y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares. Ocupó cargos diplomáticos y consulares en Brasil y en México. Desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

como regla general, acerca de los efectos de los tratados respecto de terceros Estados - es decir, aquellos que no son parte del tratado -, lo siguiente: "Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento".²

Existen tratados que creando o modificando situaciones jurídicas objetivas, producen en el seno de la comunidad internacional el efecto de la exhortación al reconocimiento. Otros, abiertamente, repercuten sobre terceros, no como normas jurídicas, sino como hechos consumados. Particularmente, cuando estos efectos trascienden a las partes contratantes es cuando más interés despierta esta materia para el jurista, vista la polémica evolución que la materia ha tenido. Es decir, cuando tenemos el caso de tratados que despliegan sus efectos sobre terceros, no como una situación de facto, sino en la hipótesis en que el tratado realmente opere como norma sobre terceros, sean estos determinados o determinables, sea en el sentido de conferirles derechos o en el sentido de obligarlos.

Haremos a continuación un abordaje general de la problemática que plantean estos efectos sobre terceros, poniendo especial énfasis en la Cláusula NMF, la que veremos en sus peculiaridades a fin de distinguirla

de situaciones similares, del mismo género, pero cuyas características prioritariamente políticas, donde destaca la falta de un acuerdo previo, las diferencian de nuestro tema, de naturaleza predominantemente jurídica y caracterizada por la realización de un tratado que fundamenta el privilegio del Estado beneficiado.

Es útil ahondar en estos temas, pues es en la praxis, que el derecho se vivifica en el contacto con la realidad.

2.- LA EFICACIA DE LOS TRATADOS.

El vocablo Tratado proviene del francés "traiter", negociar, y este del latín "tractus". Los tratados se rigen mayoritariamente por el derecho internacional y solo algunos aspectos se norman con base en el derecho interno de los Estados que lo celebran. Así, a pesar de que en su origen histórico y procedimental el tratado es, como decía el maestro Andrés Bello, un "contrato entre naciones". El impulso y desarrollo del Derecho Internacional ubican estos instrumentos jurídicos bajo la normativa de la Convención de Viena de 1969 y, principalmente, bajo la tutela de los principios del Derecho Internacional recogidos en ella. De este modo, el artículo 26 fija la premisa de que "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido

2. Citado por JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *El Derecho internacional contemporáneo*. Editorial Tecnos, Barcelona. 1980. pág. 64. Dicha Convención se tramitó en Costa Rica como proyecto de ley bajo el expediente 11.848 en la Asamblea Legislativa y fue aprobada por medio de la ley N°6441. El 20 de mayo de 1980 el Presidente Carazo vetó la aprobación de esa convención aprobada el 16 de abril del mismo año. La argumentación del veto se fundamentó que la Asamblea Legislativa no tomó en cuenta las reservas que el Poder Ejecutivo formuló al firmarla, por razones de inconstitucionalidad, a los artículos 11, 12 y 25, no habiendo aprobado tampoco las reservas interpretativas (hoy llamadas cláusulas interpretativas) en relación a los numerales 27 y 38. Véase sobre el tema a JANA SÁENZ, Jaime *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*, p. 17 y 73 a 75). Finalmente, nuestro país aprobó esta convención, mediante la ley 7615 del 24 de julio de 1996.

por ellas de buena fe". Esta cláusula no es otra cosa que la positivización del pilar básico del ordenamiento entre las naciones "*pacta sunt servanda*"³ que expresa un principio apriorístico como lo es la necesaria confianza que surge del enunciado "los tratados se deben cumplir". En caso contrario ¿Qué sentido tendrían los compromisos pactados?

Otro principio que afecta la eficacia de los tratados está contenido en el artículo 28 de la Convención de Viena de 1969, que alude a la aplicación de los Tratados en el tiempo, estipulando que "un Tratado no obligará a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir".

El objeto fundamental de la negociación de un Tratado es la creación de normas jurídicas, generando con su suscripción y ratificación verdaderas obligaciones y recíprocamente nuevos derechos. Para conocer sus alcances debe examinarse el nuevo instrumento en su contenido, para someterlo luego a escrutinio y determinar su correspondencia en relación con otros instrumentos aplicables por principio de especialidad y en atención al *ius cogens* imperante en el ámbito de la respectiva negociación.

El prestigioso maestro francés Charles Rousseau⁴ comienza el estudio de los efectos de los tratados fuera de las partes contratantes señalando el Principio de la relatividad de los tratados, que consiste en que "En principio los tratados sólo producen

un efecto relativo, ya que no pueden perjudicar, ni beneficiar a terceros. Por la aplicación pura y simple de la regla "*res inter alios acta nec nocere nec procere potest*", sus efectos jurídicos están estrictamente limitados a los Estados contratantes.

Sin embargo, señala el mismo autor, sería erróneo entender literalmente este principio, pues "se presentan casos en los que un tratado beneficia a terceros Estados o resulta obligatorio para ellos". Así, en el primer caso, sea el de los Tratados que benefician a terceros Estados, tenemos las siguientes posibilidades:

1. Tratados que benefician "*ipso facto*" a terceros Estados. Entre ellos están los relativos a materias de telecomunicaciones, que benefician de modo inmediato y de pleno derecho a terceros Estados. También, el derecho de paso beneficia a todos, tanto a terceros Estados como a los signatarios. Ello se manifiesta especialmente en materia de comunicaciones fluviales y marítimas: su aplicabilidad *erga omnes*, es un principio fundamental del estatuto convencional de los estrechos y canales internacionales.
2. Tratados que benefician a terceros Estados en virtud de una estipulación previa. La estipulación puede tener alguna de estas dos prioridades:
 - a) Un alcance económico o,
 - b) Un objetivo prioritariamente político (caso en que podemos estar frente a una estipulación a favor de tercero o frente a la Cláusula NMF).

3. La referida regla "*Pacta sunt servanda*" reproduce la locución latina que expresa el principio según el cual los acuerdos deben cumplirse, fundamento frecuentemente invocado para respaldar la obligatoriedad de los Tratados.

4. Véase del autor su clásico *Derecho Internacional Público*. 3ª ed. Ed. Ariel, Barcelona, 1966. pág. 58 y 59.

Rousseau encasilla la cláusula NMF en la primera hipótesis. Por nuestra parte consideramos que, si bien se trata del uso más frecuente, más adelante veremos que, desde el siglo XIX era utilizada en Tratados sobre prácticas consulares o derecho sucesorio, entre otros, superando el ámbito económico.

En la actualidad, la cláusula NMF es de aplicación general en el campo de las relaciones internacionales y, aunque ella es más frecuentemente utilizada en los acuerdos comerciales, aduaneros y de integración económica, puede también ser utilizada en otro tipo de tratados, como por ejemplo los relativos a comunicaciones; medios de transporte; reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros; protección de las propiedades industrial e intelectual; reconocimiento de estudios, títulos y grados universitarios, autorización a pescadores extranjeros para pescar en aguas nacionales; privilegios e inmunidades de misiones diplomáticas, consulares, procesales, derecho de heredar, prácticas comerciales extranjeras en territorio nacional, etc.

La “Cláusula de la nación más favorecida” es una cláusula en virtud de la cual dos Estados se comprometen a hacerse beneficiar del trato más favorable que hayan acordado, o que en lo sucesivo puedan acordar, a terceros Estados. Esta derogación de la regla *res inter alias acta* tiene un alcance limitado, puesto que el trato de la nación más favorecida sólo se extiende al Estado beneficiario en virtud de una disposición convencional previa, en cuya elaboración ha intervenido, directamente, como parte contratante.⁵ Es en virtud de ese acuerdo previo que los beneficios otorgados en el futuro a otro Estado u organización por la parte concedente le serán otorgados de manera automática, a la parte suscriptora de la primer convención sin que tenga que participar en una nueva negociación. Por lo tanto, se trata de uno de los casos en que, vía un tratado como fuente escrita del derecho internacional, se estipula una de las formas de afectación de un tercero, a partir de la obligación de extender los efectos de un acuerdo futuro, que figura como supuesto en el instrumento previo.

La Cláusula NMF entonces, es aquella por la que un Estado o una organización

5. Justamente esta participación anterior sirve de fundamento a posiciones como la de SORENSEN, que argumenta que: “Los derechos adquiridos por los Estados en las llamadas “cláusulas de nación más favorecida de los tratados” no son verdaderos ejemplos de derechos a favor de terceros. Los beneficios de tales derechos los disfrutaban en virtud de sus propios tratados, que contienen dichas cláusulas. Estos tratados –por decir así- tienen un contenido variable; y, según la cláusula, los derechos que confieren resultan aumentados si a un tercer Estado se le concede un tratamiento más favorable por tratados posteriores o, con mucha frecuencia, por cualquier otro medio”. Vid. SORENSEN, Max. **Manual de Derecho Internacional Público**. 2ª reimp. Fondo de Cultura Económica, México, 1981. p.235-236. Sobre el particular parece poco productivo debatir si el derecho surge por la firma previa de un tratado que contempló la Cláusula NMF o si es el nuevo acuerdo entre uno de ellos y otro Estado es el que fija el contenido de la nueva relación entre los Estados suscriptores originales, al trasladar el contenido del acuerdo modificador de las circunstancias originales a tener efectos que cambian lo pactado en el primer tratado. Ello por cuanto se trata de dos caras de la misma moneda. Sin el acuerdo original, el Estado que no firmó se acuerdo que fija mejores condiciones no tendría acceso a las mismas pues, por si mismo, resulta insuficiente para lograr esas mejores condiciones. Sin el acuerdo subsiguiente las condiciones pactadas continuarían prevaleciendo sin mejora. Lo que está fuera de toda discusión es que un acuerdo nuevo, innova en el marco de las relaciones bilaterales y sus efectos alcanzan, con fundamento en un acuerdo previo, a un Estado que no es parte de ese nuevo tratado con asidero en una obligación anterior asumida por uno de los firmantes y solamente respecto de él.

se compromete a otorgar a otro Estado u organización todos los beneficios que pueda otorgar posteriormente a otro Estado u organización. De este modo, las partes determinan sus obligaciones y derechos no solo describiéndolas, sino que utilizan un parámetro que cambiará según el contenido de los nuevos acuerdos que puedan suscribir y que incorporarán modificaciones que, se entiende por anticipado, se considerarán adicionadas al tratado anterior. Por lo tanto, como dice Reuter, "El tratado determina una parte de sus efectos por referencia a otro tratado".⁶ A la vez implica, a contrario sensu, que ningún Estado puede exigir a otro el trato de NMF a menos que tenga una obligación jurídica que lo imponga y sobre los temas objeto de la cláusula (Ejusdem Generis) no puede exigirse más, salvo en virtud del contenido de una cláusula de NMF, es decir con arreglo a la disposición de un tratado en el cual se prometa el trato de NMF.

3. LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO.

Está firmemente asentado que la estipulación a favor de Tercero es una institución de derecho interno. Según nos recuerda ROUSSEAU,⁷ la práctica internacional se resiste, habitualmente, a admitir que los *pacta in favorem tertii*, puedan procurar no sólo ventajas, sino verdaderos derechos a terceros Estados.

Un recuento de la evolución de la doctrina internacionalista es hecho por el eminente ex-Juez de la Corte Internacional de Justicia, JIMENEZ DE ARECHAGA. Dice el profesor uruguayo que:

"Cuando la Comisión de Derecho Internacional examinó este tema, dos escuelas de pensamiento se pusieron en evidencia. Según la primera, la estipulación para otro constituye la oferta de un derecho al tercer Estado y debe ser aceptada por este para llegar a ser efectiva; la fuente del derecho, como en el caso de las obligaciones, es el acuerdo colateral entre el tercer Estado y las partes del tratado original..."⁸

Según la otra escuela no hay nada en el Derecho Internacional que impida a dos o más estados crear efectivamente un derecho en favor de un tercer Estado, si así lo quieren, y siempre que esa intención exista, el tercer Estado tiene el derecho a invocar, directamente y por su cuenta, la disposición que le confiere ese derecho, el que no depende de ningún acuerdo colateral entre el tercer Estado y las partes del tratado, y por la tanto la negativa de la parte obligada a reconocer y cumplir el derecho conferido al tercer Estado constituiría una violación de la regla *Pacta sunt servanda*.

Uno de los rasgos característicos de la estipulación en favor de terceros es que el

6. Vid. REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2001, p. 139.

7. Véase, ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3a. ed., Ariel, Madrid. 1966. pág. 58.

8. Vid JIMENEZ DE ARECHAGA, op. cit. p.66 y 67. En el mismo sentido lo señala VARGAS CARREÑO, E. en su op. cit. pág. 146-147. Sobre el tema escribe REUTER que: "se propusieron dos teorías durante la discusión: una basada en el acuerdo colateral, la otra en la stipulation pour autrui. Mediante esta última los terceros beneficiarios disfrutarían estos derechos de inmediato, independientemente de su aceptación. La comisión estaba dividida sobre este punto, con una ligera mayoría a favor de la teoría del acuerdo colateral. (Vid REUTER nota 4. pág. 135)

tercer Estado puede indicar simplemente por su conducta -ipsis rebus et factis - su disposición a reclamar y ejercer el derecho estipulado en su favor”.

Resulta evidente que la situación real es que el tercer Estado está aprovechándose de un derecho pre-existente y no celebrando un segundo acuerdo colateral. En una etapa posterior, la Comisión de Derecho Internacional cambió su enfoque en 1966 y abandonó la tesis del acuerdo bilateral, al suprimir el requerimiento del asentimiento expreso o implícito del tercer Estado beneficiario”.

La disposición propuesta por la Comisión y aprobada en la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 dice:

“ **Artículo 36:** *Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado sí con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estados, y si el tercer Estado asiente a ello., Su asentimiento se presumirá, mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa”.*

La norma comprende desde la estipulación a favor de otro – inspirada en el derecho privado y compatible con el derecho de gentes – hasta la apertura de los tratados multilaterales a la adhesión.

Este texto sigue requiriendo el asentimiento del Estado beneficiario, pero se presume que tal asentimiento existe mientras no haya manifestaciones de la voluntad de dicho

Estado que indiquen el deseo de rechazar el contenido de lo que se ha estipulado a su favor. Para JIMENEZ de ARECHAGA:⁹

“esta es una típica ficción jurídica, es decir, un procedimiento que da a un nuevo concepto jurídico la forma verbal del viejo concepto a fin de facilitar su absorción en el “corpus” de normas existentes. La presunción de asentimiento demuestra claramente que el “jus tertii” es creado por el tratado y que la conducta del Estado tercero al ejercitar ese derecho no constituye una expresión de asentimiento a un segundo acuerdo sino el acto de apropiarse de derechos que derivan directamente del tratado principal. El tercer Estado, que adquiere el derecho en virtud de la estipulación primitiva, tiene naturalmente la opción entre dos posibilidades: apropiarse del derecho o renunciar a él. Pero el derecho existe antes que haga esta elección.”

A través de la estipulación a favor de terceros, se han ampliado los moldes clásicos de la institución contractual, de forma que sus efectos alcancen a terceros ajenos a la concertación del acuerdo, remediándose parcialmente la carencia en el mundo internacional de un legislador competente para dictar normas de derecho objetivo susceptibles de una aplicación generalizada.

4. ANTECEDENTES DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA.

Los orígenes de la cláusula de la nación más favorecida se remontan al siglo XI. En la Edad Media, los comerciantes procuraban asegurarse ante todo un monopolio en la explotación de un mercado extranjero que,

9. Cfr. JIMENEZ DE ARECHAGA, E. op. cit. pág. 69.

por lo mismo, era un mercado difícil y distante. Pero, cuando el desarrollo del comercio hizo estériles esos esfuerzos y, por consiguiente, los comerciantes no consiguieron excluir a sus competidores de un determinado mercado, trataron de obtener al menos las mismas oportunidades que sus rivales. Así, a pesar de los celos y la competencia los mercaderes de las ciudades mercantiles de España, Francia e Italia se vieron obligados a conformarse con disfrutar de igualdad de oportunidades en los países extranjeros. La insistencia de las ciudades españolas y francesas del Mediterráneo consiguió que los príncipes árabes de África occidental concedieran a los mercaderes de esas ciudades franquicias en virtud de las cuales se les otorgaba el mismo tratamiento que a los ciudadanos de Venecia y, después, a los de Pisa, Génova, Ancona y Amalfi.

A fines del siglo XV las estipulaciones se ampliaron en el sentido de que los privilegios concedidos al beneficiario no se reducían ya a los otorgados a determinados países específicamente designados sino que se extendían a las ventajas concedidas a cualquier nación extranjera. Como ejemplos de tratados de este tipo moderno se cita el

tratado comercial de 1486 entre Inglaterra y Bretaña y el tratado anglo-danés de 1490.¹⁰ En el siglo XVII se utilizó la Cláusula en el Tratado comercial entre los Países Bajos y Suecia de Nimega en 1679 en los siguientes términos:

“(las partes contratantes) ad minimum privilegiis, libertatibus, immunitatibus et concessionibus utantur, fruuntur, pari que favore in omnibus gaudeant, quibus amicissima quaevis gens externa utitur, fruitur gaudetque aut in posterum uti, frui aut gaudere possit.”¹¹

Poco después, en el tratado celebrado entre Inglaterra y Portugal el 29 de enero de 1692, la cláusula adopta la forma unilateral y en ella la nación más poderosa asegura para sí, a cambio de alguna concesión más o menos importante, el trato de la nación más favorecida. Así, especifica que “los súbditos de la Gran Bretaña disfrutarán de todas las inmunidades concedidas a los súbditos de cualquier otra nación aliada de Portugal”.¹²

Como uno de los primeros antecedentes tenemos en el Tratado de cesión entre los Estados Unidos y Francia (la compra de

-
10. El primer informe del relator especial sobre NMF de la Comisión Jurídica Internacional hace una reconstrucción histórica con base en las siguientes obras: S. Basdevant, «Clause de la nation la plus favorisée», en A. G. de Lapradelle y J.-P. Niboyet, *Répertoire de droit international*, París, Recueil Sirey, 1929, t. III, págs. 464 y 468; A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, Nueva York, MacMillan, 1954, ed. rev., pág. 33; B. Nolde, «Droit et technique des traités de commerce» y «La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels», *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1924 (II), t. 3, pág. 295, e *ibid.*, 1932, t. 39, pág. 5; G. Schwarzenberger, «The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice», *The British Yearbook of International Law*, 1945, Londres, Oxford University Press, vol. XXII, pág. 97. Nuestro relato histórico se basa en este reporte excepto cuando se cita otra fuente.
 11. Las partes contratantes “disfrutarán al menos los privilegios, franquicias, inmunidades y las concesiones que hagan uso y disfrutarán del favor de la igualdad del que haga uso una nación amistosa extranjera cualquiera, gozarán de igualdad al hacer uso actual o futuro (del trato) que puedan disfrutar”
 12. Citado por G. P. Verbit, «Preferences and the public law of international trade: the end of most-favoured-nation treatment?», en Académie de droit international de La Haye, Colloque 1968: *Les accords de commerce international*, Leiden, Sijthoff, 1969, s. 19 a 56 cfr. USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida. Doc. A/CN.4/213*. In. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1969. Vol. II, Documentos del 21° período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1970. p.168.

Luisiana) del 30 de abril de 1803. En el artículo octavo se estipula que se dará a las naves de Francia el mismo trato de las naciones más favorecidas en los puertos del territorio objeto de la cesión.

La Convención destinada a regular el comercio entre los Estados Unidos y los Territorios de Su Majestad Británica, de fecha 3 de julio de 1815 también recoge un ejemplo antiguo de aplicación de la cláusula NMF. La parte pertinente del artículo II dice así:

“ [...] No se impondrán más derechos aduaneros ni derechos más onerosos a la importación a los Estados Unidos de cualesquier artículos que sean fruto, producto o manufactura de los territorios de Su Majestad Británica en Europa [...] que los que se pagan o deban pagarse sobre artículos análogos que sean fruto, producto o manufactura de cualquier otro país extranjero [...].”

La historia del derecho generalmente viene precedida de la historia de la economía y de la política. Varios autores citan como la Cláusula NMF sirvió de marco jurídico para perpetuar las desiguales condiciones en las que se negoció luego de la guerra

del opio entre el Imperio Británico y el Chino. De hecho, Henry Kissinger cataloga dicha negociación de “esencialmente humillante” indicando que el tratado de Nanjing y el suplementario tratado de Bogue concedieron más al ganador que su predecesor, la Convención de Chuan-pi.¹³

Después del tratado Británico “El Presidente de los Estados Unidos John Tyler envió una misión a China para lograr concesiones similares para los estadounidenses, lo que sería conocido después como la política de “Puerta Abierta”. El gobierno Francés negoció su propio tratado en términos análogos. Cada uno de esos países incluyó una “Cláusula NMF” que estipulaba que cualquier concesión ofrecida por China a otros países debía también ser otorgada al signatario”¹⁴

Incluso en el artículo 27 del Tratado de Versalles, impuesto a Alemania luego de la I Guerra Mundial, se obligó al vencido, sin reciprocidad alguna, a extender en forma simultánea a todos los países aliados, las ventajas que, respecto a la importación o exportación, o tránsito de mercaderías, conviniera conceder a cualquiera de ellos o

13. Vid. KISSINGER, Henry. *On China*. The Penguin Press, New York, 2011. p.53 y siguientes. En su relato menciona que, dentro de las condiciones impuestas, destacan el pago de una indemnización de \$ 6 millones, la cesión de Hong Kong y la apertura de las costas por medio del Tratado de los puertos, incluyendo el derecho de disponer de misiones permanentes en las ciudades puerto y de negociar directamente con las autoridades locales, sin requerir de la Corte en Beijing. Adicionalmente incluyó el derecho de ejercer jurisdicción sobre sus nacionales residentes en los puertos “abiertos” de China, introduciendo en la negociación el principio de extraterritorialidad. Sin embargo, cada concesión china tendía a generar demandas adicionales de Occidente. Estos tratados son justamente abominados en la historia china como los primeros en una secuencia de “tratados desiguales”, conducidos bajo la sombra de la fuerza militar extranjera.

14. El Tratado de Nanjing fue seguido por dos acuerdos complementarios con los ingleses en 1843. In addition, in July 1844 China signed the Además, en julio de 1844 China firmó el Treaty of Wanghia (Wangxia) with the Tratado de Wangsia (Wangxia) con los Estados Unidos and in October the Estados Unidos y en octubre el Treaty of Whampoa (Huangpu) with Tratado de Whampoa (Huangpu) con France . Francia . Este período de la Puerta Abierta sirvió de base para incursiones posteriores, con consecuencias como la pérdida de la autonomía arancelaria, la extraterritorialidad (exención de la aplicación o jurisdicción de las leyes locales o de los tribunales), y la libre circulación de los misioneros. These arrangements made up a complex of foreign privileges by virtue of th

a otro país extranjero, en lo que podríamos llamar aplicación incondicional unilateral y sin compensación de la cláusula NMF.

Otro ejemplo destacable lo ofrece la Convención entre los Estados Unidos y Alemania del 14 de octubre de 1925, que establecía en su artículo 7°:

“Toda ventaja de cualquier clase que cualquiera de las Altas Partes Contratantes otorgue con respecto a cualquier artículo que sea fruto, producto o manufactura de cualquier país extranjero se concederá simultánea e incondicionalmente, sin necesidad de solicitud y sin compensación, a un artículo análogo que sea fruto, producto o manufactura de la otra Alta Parte Contratante.”

La NMF no ha carecido de controversias.¹⁵ Por ejemplo, en junio de 1932 se firmó la Convención de Ouchy, que fue negociada entre Bélgica y Luxemburgo y Holanda. En la Convención, los tres países acuerdan una reducción gradual de las barreras arancelarias y la creación de una unión aduanera. La convención fue basada en el Acuerdo de Oslo de 1930 y se adhería la reducción de las tarifas de comercio. Indica Viner que:

En virtud de este Convenio, negociado en Ouchy, pero firmado en Ginebra el 18 de julio de 1932...las Partes convinieron en que no se efectuarían aumentos en los derechos existentes, ni se aplicarían nuevos derechos sobre las importaciones entre ellos; en que no se impondrían nuevos derechos sobre las

15. Como ejemplo citamos los casos de Thomas W. Bartram contra William H. Robertson Estados Unidos de América: Corte Suprema, 23 de mayo de 1887 y de James F. Whitney y otros contra William H. Robertson (Recaudador del puerto de Nueva York) Estados Unidos de América: Corte Suprema, 9 de enero de 1888 en los que importadores de azúcar de Santa Cruz, protectorado danés y de la República Dominicana reclamaron que se les aplicara el mismo trato que los Estados Unidos estableció a favor de las Islas de Hawai. La Suprema Corte de los Estados Unidos decidió de manera similar ambos casos, declarando en el segundo que conforme al texto del tratado suscrito con la República Dominicana: *“No se impondrán más derechos aduaneros ni derechos más onerosos sobre la importación a los Estados Unidos de ningún artículo que sea fruto, producto o manufactura de la República Dominicana o de sus pesquerías, ni se impondrán más derechos aduaneros ni derechos más onerosos sobre la importación a la República Dominicana de ningún artículo que sea fruto, producto o manufactura de los Estados Unidos o de sus pesquerías, que los que se pagan o deban pagarse sobre artículos similares que sean fruto, producto o manufactura de cualquier otro país extranjero o de sus pesquerías”*.

[...] El artículo 9 del Tratado celebrado con esa República [...] es análogo en el fondo al artículo 4 del Tratado concertado con el Rey de Dinamarca [...]. Es un compromiso de las partes contratantes de que no habrá legislación discriminatoria contra la importación de artículos que sean fruto, producto o manufactura de sus respectivos países en beneficio de artículos de carácter análogo importados de cualquier otro país. No tiene un alcance mayor. No se tuvo nunca el propósito de impedir concesiones especiales”. Al amparo de estas concesiones especiales, declara la ley tributaria de aplicación obligatoria desconociendo las obligaciones basadas en los tratados pues al obligarse, interpreta el Tribunal, que no tuvo la intención de limitar la posibilidad de celebrar acuerdos con concesiones especiales. Fijando una doctrina que se ha mantenido en el tiempo, sostiene la igualdad entre Tratado y ley interna de acuerdo a la Constitución, la necesaria existencia de una ley interna que le de vida al tratado, la prevalencia de la norma más reciente y la facultad del Congreso de modificar por medio de ley posterior cualquier Tratado. Concluye fijando un canal político a la insatisfacción de cualquier Estado afectado. *“Si el país con el que se ha firmado el tratado no está satisfecho de las medidas del poder legislativo, puede presentar su queja al Jefe del poder ejecutivo y adoptar cualesquier otras medidas que considere indispensables para la protección de sus intereses [...] En tanto un Tratado celebrado por los Estados Unidos con cualquier nación extranjera pueda ser objeto de decisión judicial en los tribunales de ese país, está sujeto a cualesquier leyes que el Congreso pueda aprobar para su vigencia, modificación o derogación.”*

importaciones procedentes de otros países con los que existieran relaciones convencionales a menos que tales Estados hubiesen aumentado previamente sus propias barreras comerciales; en que los derechos existentes sobre las importaciones entre ellos se reducirían en un 10 % por año, hasta que la reducción total alcanzara al 50% en que no se impondrían nuevas barreras que no fueran derechos de importación sobre las importaciones entre ellos y en que otros Estados podrían participar libremente en el Convenio y podrían hacerse extensivos sus beneficios a países no participantes si éstos cumplieran en la práctica con sus condiciones.¹⁶

Tanto Bélgica como Holanda tenían tratados comerciales que contenían la NMF con el Reino Unido y otros países. La Convención de Ouchy contenía una cláusula que no permitía que el Convenio entrara en vigor hasta que estos países hubiesen renunciado a esos derechos. En la Conferencia Económica del Imperio Británico en Ottawa de Julio-Agosto de 1932, el Reino Unido se opuso a la interpretación Belga-Holandesa de la NMF de la Convención de Ouchy. El rechazo del Reino Unido a renunciar a sus derechos como NMF se concretó en una resolución que

declaraba que no se podía permitir que los acuerdos regionales derogaran obligaciones relativas a la aplicación de la cláusula NMF. Además, el hecho de que los Estados Unidos no respondiera a la solicitud de renuncia, hizo que la convención fracasara, sin siquiera haber entrado en operación.¹⁷

5. **LOS ESFUERZOS DE CODIFICACIÓN.**

Indica Vargas Carreño que: “por su importancia y complejidad, la Comisión de Derecho Internacional, y la Conferencia de Viena, decidieron que la Cláusula NMF debería ser objeto de una Codificación aparte, por lo cual su reglamentación no se encuentra contenida en la Convención sobre el Derecho de los Tratados”.¹⁸ En la práctica se realizaron varios esfuerzos por lograr un articulado que permitieran una aplicación para la mayoría parte de las cláusulas de NMF y para las cláusulas de trato nacional.

El tema de la Cláusula NMF fue tratado por primera vez por el Comité de Derecho Internacional en 1964, cuando se examinaba la cuestión de los tratados y los terceros Estados. Después de considerar la materia, el Comité

16. VINER, Jacob. *The Customs Union Ussue, Studies in the administration of international law and organization*. N° 10, Nueva York, Carnegie Endowment for International Peace, 1959, p. 30 y 31 cit. por USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida. Proyecto de artículos con comentarios*. In. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1975. Vol. II, Documentos del 27° período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1976. p.15.

17. La Convención fue revivida con el fin de la Segunda Guerra Mundial, por la creación del BENELUX. Eso debió también ser una inspiración para el memorándum del BENELUX de 1955, como fue presentado en la Conferencia de Messina de ese año. Vid. CLUTE, Robert, y Robert R. Wilson. *The commonwealth and favored- nation usage*. In. *The American Journal of International Law*, Vol. 52, No. 3, USA, July 1958, pág. 465. El artículo cita literalmente la resolución en estos términos: “that foreign countries wich had existing treaty obligations to grant most favoured nation treatment to the products of particular parts of the commonwealth could not be allowed to override such obligations by regional arrangements of the character in question”. (que los países extranjeros que tenían obligaciones, producto de tratados existentes, de conceder el trato de nación más favorecida a los productos de determinadas partes de la mancomunidad, no se pueden permitirse anular tales obligaciones mediante acuerdos regionales del sujeto en cuestión).

18. Cfr. VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. Vol. I. Editora Juricentro, San José, 1979. pág. 146.

concluyó que la Cláusula NMF no sería considerada en la codificación de la Convención sobre derecho de los Tratados, dejándola para su consideración futura de manera apropiada como asunto sometido a un estudio especial.

En la 19ª sesión, en 1967 el Comité le dedicó un lugar en su programa de trabajo. Por medio de la resolución 2272 (XXII) de 1 de diciembre de 1967, la Asamblea General recomienda que el Comité deberá estudiar el tema de la Cláusula NMF en el derecho de los Tratados.

El Comité analizó el tópico en sus sesiones 20°, 21°, 25°, 27°, 28°, y 30° en 1968, 1969, 1973, 1975, 1976 y 1978 respectivamente, el Comité designó al profesor húngaro Endre Ustor y luego a Nicolai A. Ushakov como relatores. También se elaboraron trabajos y reportes con información suministrada por Gobiernos y Organizaciones Internacionales por parte del Secretariado.

La Asamblea General, en resolución 31/97 del 15 de diciembre de 1976 acogió la pri-

mera redacción del elenco de artículos y recomendó al Comité que debería concluir una segunda redacción con los comentarios recogidos de los Estados miembros, de organismos de las Naciones Unidas con competencia sobre la materia y con organizaciones intergubernamentales interesadas.

En 1978 el Comité adoptó un elenco de artículos sobre la cláusula NMF y lo recomendó a la Asamblea General de la ONU para que fuera usado para una Convención sobre el tema. La Asamblea General no actuó con base en la recomendación y no tomó acción sobre el tema.¹⁹ Sin embargo, diversos trabajos tanto de la ONU como de otros organismos buscan retomar el tema de la Codificación. Además, los estudios realizados por el Comité han sido la base de diversas resoluciones de tribunales internacionales sobre la materia.

Más recientemente, el Comité Jurídico Internacional retomó el tema tratándolo en sus últimas reuniones.²⁰

19. En 1978, la Comisión de Derecho Internacional aprobó un proyecto de artículos sobre el tema de la cláusula de la nación más favorecida (cláusula NMF). El proyecto de 30 artículos elaborado por la Comisión abarcaba cuestiones como la definición de la cláusula NMF y el trato NMF (proyectos de artículo 4 y 5), el alcance de la cláusula, la base jurídica en derecho internacional del trato NMF, más convencional que consuetudinaria (proyecto de artículo 7), el alcance del trato NMF (proyectos de artículo 8, 9 y 10), el efecto de las cláusulas NMF condicionales e incondicionales (proyectos de artículo 11, 12 y 13), la fuente del trato que se ha de conceder en virtud de una cláusula NMF (proyectos de artículo 14 a 19), el momento en que nacen los derechos dimanantes de la cláusula NMF (proyecto de artículo 20), la terminación o suspensión de los derechos dimanantes de la cláusula NMF (proyecto de artículo 21) y la relación entre la cláusula NMF y un sistema generalizado de preferencias (proyectos de artículo 23 y 24), así como los casos especiales del tráfico fronterizo y del derecho de tránsito de los terceros Estados sin litoral. La Asamblea General no tomó ninguna medida al respecto. En 2006, en el 58º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo debatió si debía reexaminarse la cláusula NMF e incluir el tema en el programa de trabajo a largo plazo, pero la Comisión no adoptó ninguna decisión al respecto. La Comisión solicitó entonces a los gobiernos que le transmitieran sus opiniones. Cfr. Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 60º período de sesiones* (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008). Naciones Unidas, Nueva York, 2008. pág. 445. También pueden verse al respecto las siguientes actas de la Asamblea General. Res. 33/139 (1978), 35/161 (1980), y 40/65 (1985), y la decisión 43/429 (1988).

20. A partir de 2008 se formó un grupo de estudio para analizar el tema en la Comisión de Derecho Internacional. Otros organismos también se han centrado en este tema. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha elaborado un estudio sobre las cláusulas NMF, y lo mismo ha hecho la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), ambos citados en la bibliografía.

En virtud de esta falta de un texto de alcance internacional, es menester acudir a algunos convenios específicos y a la jurisprudencia internacional para, a partir de estas fuentes particulares, intentar establecer las líneas maestras que muestren los contornos de este instrumento.

Aunque Claudio BONNEFOY dijera que: “la Cláusula en sí tiene una naturaleza instrumental, que es sólo un mecanismo destinado a facilitar la negociación de las desagravaciones” su importancia ha crecido más allá de este ámbito alcanzando la extensión de otro tipo de ventajas no arancelarias en asuntos migratorios, fiscales, de inversión, consulares o educativos, derechos de herencia, y *cautio judicatum solvi* (caución por las costas). Esta expansión y su uso flexible le confieren una mayor trascendencia.

El interés que despierta este tipo de disposición por su utilidad en el mundo del comercio internacional es evidente. Puede constituirse en un instrumento para el multilateralismo pero también para la consolidación de bloques regionales y ello justifica de sobra el esfuerzo por sintetizar la función, las características y excepciones con las cuales normalmente se la ha utilizado.

Para el profesor VARGAS CARREÑO,²¹ la cláusula NMF es aquella en virtud de la cual: “dos o más Estados se comprometen a beneficiarse recíprocamente del trato más favorable que hubieran acordado o que en el futuro acuerden a terceros Estados”. Más recientemente se incluye en la definición

a las organizaciones internacionales en su condición de sujetos del Derecho Internacional.

De este modo, cuando un determinado tercero, al que llamaremos beneficiario, sufre consecuencias directas de un tratado - generalmente bilateral - por fuerza de lo dispuesto en un tratado anterior, que lo vincula a una de las partes, denominada concedente. Tal perspectiva no se agota en el dominio de la Cláusula NMF, pues ya se indicó que se trata de una de las hipótesis de efecto sobre terceros de un tratado. Por considerarlo de valor didáctico veamos este ejemplo aplicado a la materia arancelaria:

Los Estados A y B celebran en 1975 un tratado de comercio en que se conceden favores mutuos, cada una de las partes promete gravar los productos originarios del otro con un arancel privilegiado. Queda establecido que si en el futuro uno de ellos viniese a tributar con un arancel aún menor los productos de cualquier otra nación, el co-pactante actual tendrá derecho inmediato de igual beneficio. Esto es, en líneas elementales, la Cláusula NMF. En 1990, B y C concluyen un tratado de igual género, de cuyo texto se desprende que los productos de C, cuando sean importados por B, tendrán un tratamiento tarifario más blando que el garantizado quince años antes a los productos de A. Tendremos entonces que A, conforme a la Cláusula NMF, recoge directamente los efectos benéficos del tratado firmado entre B y C, en el que él mismo no es parte. El beneficio se deriva del primer instrumento entre A y B donde la

21. Así según VARGAS CARREÑO, Edmundo. Loc. Cit.

cláusula indicada estaba consignada.²² En este caso el primer instrumento es llamado “tratado Base”.

Podemos entonces definir la Cláusula NMF como aquella estipulación que se inserta en muchos tratados internacionales, en virtud de la cual los signatarios se comprometen a concederse automáticamente en el futuro el mejor tratamiento que en una determinada materia puedan conceder cualquiera de ellos, a un tercer sujeto de Derecho Internacional. Surgida de los tratados comerciales se ha extendido posteriormente a otros tipos de tratados, en especial a aquellos en los que se concede determinados derechos individuales. A través de su evolución histórica ha experimentado muchas variaciones en cuanto a su interpretación y contenido.²³

En materia comercial, la no discriminación se convirtió durante mucho tiempo en la médula del sistema internacional. Como efecto de esta vocación el artículo 1° del Acuerdo General sobre Aranceles y comercio (GATT) se llamó “Tratamiento general de nación más favorecida” con la intención de subrayar la orientación primaria de su eje de actuación. Se establecía que:

“cualquier ventaja (...) concedida por cualquier parte contratante a cualquier producto (...) de cualquier otro país, será concedida inmediata e incondicionalmente a todo producto

similar originario (...) de las demás partes contratantes (...)”.

Por su parte el artículo 2° refuerza esta orientación al disponer que: “*cada parte contratante concederá al comercio de las demás partes contratantes un tratamiento no menos favorable que el previsto en el (...) presente acuerdo*”.

Llegado este punto, no parece aventurado decir con Ricupero²⁴ que la cláusula NMF, (MFN en inglés) “*sea la expresión positiva de la no discriminación, y la piedra fundamental sobre la cual fue edificado el régimen del GATT/OMC*”. Se trata aquí, como ya adelantábamos, de un instrumento fundamental en el ejercicio del multilateralismo.

6. PRINCIPIOS ORIENTADORES EN SU APLICACIÓN.

Corrientemente, se reconocen varios principios que nortean la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Ellos se encuentran presentes en los diferentes casos de aplicación que reseñamos, por lo que creemos oportuno consignarlos.

El primero de los principios constantes es el de la gradualidad. Efectivamente, la aplicación de la Cláusula de la nación más favorecida se deriva de la constatación, por parte de las naciones contratantes, de

22. Sobre el ejemplo véase REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso elementar*. Editora Saraiva, São Paulo, 1989. p. 88.

23. Vid. MARTINEZ LAGE, Santiago y MARTINEZ MORCILLO, Amador. *Diccionario Diplomático Iberoamericano*. 2° ed., Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1993. p.34

24. Cfr. RICUPERO, Rubens. *Os Estados Unidos e o comércio mundial: protecionistas ou campeões do livre-comércio?* In *Revista Estudos Avançados*, Vol. 16, N°46, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, Brasil, Dez. 2002. pág. 12.

la posibilidad, real y efectiva, de venir a conceder, en etapas subsecuentes de los procesos de negociación de instrumentos internacionales, condiciones, favores, ventajas o privilegios superiores a los que en el momento de la firma del tratado actual se quieren o se pueden dar.

El segundo de los principios está, como no podría dejar de ser, íntimamente relacionado al anterior. Se trata de la reciprocidad. Al tiempo que cada parte del tratado, está consciente de que ella misma puede venir en el futuro a conceder más de lo que en el momento se compromete a hacer o dar, también sabe que lo mismo puede ocurrir con su contraparte. Por ello, y en pie de igualdad, las partes esperan un comportamiento recíproco, en el sentido de que todas ellas saben que tendrán que extender el alcance de futuras concesiones mayores a las actuales al firmante del instrumento presente. Quedan entonces las partes con una expectativa de derecho común cual es la de tener acceso a una condición más favorable en el momento en que la contraparte otorgue ésta a un tercer Estado. El simple hecho de un trato más favorable es lo que se requiere para poner en marcha la operación de la cláusula. Este tratamiento puede basarse en un tratado, acuerdo o un acto unilateral, como una disposición legislativa o de otro tipo, o de mera práctica. El Estado beneficiario, en razón de una cláusula NMF puede invocar la cláusula para también exigir los mismos beneficios que se extendieron a un tercer Estado. Dependiendo de la redacción de la cláusula NMF, el hecho de que el tercer Estado no se haya acogido a los beneficios que se

le extendieron por parte del Estado anfitrión no exime a este Estado de la concesión de la obligación, en el marco de la cláusula NMF.

El tercero es el llamado principio *Ejusdem Generis*, cuyo contenido se perfila en ámbito de aplicación del derecho contenido, de tal manera que el Estado beneficiario no podrá invocar en virtud de la cláusula NMF otros derechos relativos al objeto de la cláusula que los que estén comprendidos en el ámbito de la misma.

Este principio circunscribe la aplicación de la cláusula NMF a aquellas materias sujetas a regulación por el tratado base. Por ejemplo, para McNair se explica la esencia de la regla de la forma gráfica siguiente:

“Supongamos que una cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado comercial entre el Estado A y el Estado B dé derecho al Estado A a obtener del Estado B el trato que el Estado B conceda a cualquier otro Estado. Esta cláusula no daría derecho al Estado A a exigir al Estado B la extradición de un supuesto delincuente basándose en que el Estado B ha convenido en conceder la extradición de los supuestos delincuentes del mismo tipo al Estado C o si voluntariamente concede tal extradición. La razón de esto, que parece basarse en la intención común de las partes, reside en que la cláusula sólo opera respecto de la materia a que se referían los dos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado”.²⁵

25 A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 287. Citado por USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida. Proyecto de artículos con comentarios*. In Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Documento A/CN.4/266 1973. Vol. II. Documentos del 25° período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1976. p. 102.

De este modo tenemos que por un tratado comercial no pueden ampararse beneficios relativos a inmunidades diplomáticas, o derechos aeronáuticos, sucesorios o sobre beneficios impositivos.

En materia de inversiones el principio ha sido clarificado por la decisión del caso Maffezini²⁶ y no ha cambiado en los muchos casos que le siguieron.

En materia del sujeto obligado debe verificarse que se trata de temas razonable y objetivamente comparables. El tratamiento previsto debe ser aplicado a situaciones objetivamente similares. Tratamientos diferentes están justificados a distintas partes que se encuentren en situaciones no asimilables.

En cuarto lugar tenemos el principio de aplicación sin perjuicio de la libertad de contratación. Si un país anfitrión le concede privilegios especiales o incentivos a un individuo a través de un contrato, él no adquiere la obligación, bajo la cláusula NMF, de tratar a otro inversionista de la misma manera. La razón es que el país anfitrión no se obliga, ni se le puede compeler a otorgar otro contrato de inversión individual. En este caso la libertad de contratación prevalece sobre la cláusula NMF. De este modo el inversionista extranjero que no entró dentro de un contrato no se encuentra en similares circunstancias con el tercer inversionista extranjero que sí concluyó el contrato negociado con el estado anfitrión. No se puede alegar discriminación, amparándose en la cláusula NMF. Este principio puede ser

26 El 18 de julio de 1997, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) recibió del señor Emilio Agustín Maffezini, nacional de la República Argentina (Argentina), una Solicitud de Arbitraje en contra el Reino de España (España). La solicitud se refiere a una controversia suscitada por el tratamiento que supuestamente recibió el señor Maffezini por parte de entidades españolas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región española de Galicia. En su solicitud, el Demandante invoca las disposiciones del "Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina" (el Acuerdo Bilateral sobre Inversiones o ABI Argentina- España). La solicitud también invocó, en aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) contenida en el Acuerdo Bilateral de Inversiones (ABI) ABI Argentina-España, las disposiciones de un acuerdo bilateral sobre inversiones suscrito entre la República de Chile y España de 1991. En vista de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI entre Argentina y España y, por lo tanto, basándose en los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España, el Tribunal rechazó el argumento de España en el sentido de que el Demandante debería haber presentado el caso ante los tribunales españoles antes de someterlo a arbitraje internacional en virtud del Artículo X del ABI, y concluyó que el Demandante tenía derecho a someter a arbitraje la controversia sin recurrir primero a los tribunales españoles. En consecuencia tenemos que el tribunal no aceptó las alegaciones de España en el sentido de que bajo el principio de ejusdem generis, este solo puede operar sobre aspectos de fondo y no sobre cuestiones de procedimiento o de jurisdicción. Destaca la UNCTAD que *"la decisión sobre jurisdicción en el caso Maffezini v. España resalta la posible aplicación del tratamiento de la cláusula NMF a los acuerdos entre inversores y Estado sobre solución de controversias, disposiciones que suscitaron un fuerte debate que hasta ahora no ha encontrado a una conclusión. El caso Maffezini fue el primero de una serie de decisiones arbitrales relativas a la aplicación de la cláusula de trato NMF a la importación de disposiciones de los tratados de solución de controversias entre Estados e inversionistas que se consideren más favorables por los reclamantes. Algunas de estas demandas se han ocupado de la ampliación del ámbito de aplicación de las disposiciones de los acuerdos solución de controversias, mientras que otros, como Maffezini contra España, se centran en la eliminación de un requisito previo al arbitraje."* (Vid. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Most Favoured-Nation Treatment*. United Nations, Switzerland, 2010. p.3.)

matizado en virtud del acuerdo particular de los firmantes del instrumento internacional.

Finalmente tenemos la obligación de interpretar la cláusula NMF en armonía con los principios generales de interpretación de los tratados. Los tratados provisionales deben ser interpretados de acuerdo con la Convención de Viena de Derecho de los Tratados.²⁷

7. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BONNEFOY BACHELET, Claudio. *La Cláusula de la nación más favorecida y la integración fronteriza en el Tratado de Montevideo*. In *Revista de Derecho Público*. No.8, Santiago de Chile. 1967. págs. 111-117.

CLUTE, Robert, y Robert R. Wilson. *The commonwealth and favored- nation usage*. In. *The American Journal of International Law*, Vol. 52, No. 3, USA, July 1958, págs. 455-468.

GHOSH, Madanmohan, PERRONI, Carlo y WHALLEY, John. *The Value of MFN*. Cambridge, Massachusetts, National Bureau of Economic Research, 1998.

JANA SÁENZ, Jaime. *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*. San José, Mideplan, 1987.

KISSINGER, Henry. *On China*. The Penguin Press, New York, 2011.

JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1980.

27 Dice el artículo 31 de dicha Convención que la regla general de interpretación es. "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue **la intención de las partes**". (El destaque no es del original) "En ese tratamiento de la interpretación, (art.31-33) la Convención desdeña la regla principal, a menudo sobreentendida, de que cada tratado internacional deberá ser interpretado en buena fe, en concordancia con el sentido ordinario de los términos y su contexto a la luz del objeto y propósito del tratado. Aquí la Convención formula una decisión política en el prolongado y persistente debate entre aquellos que desean tomar el texto del tratado como la expresión auténtica de la voluntad y las intenciones de las partes y aquellos que preferirían el concepto del objeto del tratado sobre el texto. En la literatura, y ocasionalmente en las opiniones individuales de jueces internacionales, uno puede encontrar algún muy aislado ejemplo de este tipo de interpretación teleológica, propensa a abandonar completamente el texto como factor de control del proceso de interpretación, un fenómeno que ha dado lugar a una apreciable ansiedad política en sectores de muchos gobiernos." (Vid. ROSENNE, Shabtai. *A posteriori reflections on the Vienna Convention on the law of treaties*. In AA.VV. *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. Vol. I., Madrid, Tecnos, 1979. P. 449.)

MARTINEZ LAGE, Santiago y MARTINEZ MORCILLO, Amador. *Diccionario Diplomático Iberoamericano*. 2º ed., Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1993.

OCDE. (Organisation for Economic Co-operation and Development) *MOST-FAVOURED-NATION TREATMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*. Working Papers on International Investment, Number 2004/2, (s.p.i.) September 2004.

PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *Tratados. Legislación y práctica en México*. 4ª ed. Secretaria de Relaciones Exteriores de México-Universidad Iberoamericana. México, 2007.

REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2001.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso elementar*. Editora Saraiva, Sao Paulo, 1989.

RICUPERO, Rubens. *Os Estados Unidos e o comércio mundial: protecionistas ou campeões do livre-comércio?* In Revista Estudos Avançados Vol 16, N°46, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, Brasil, Dez. 2002. págs. 7-18.

ROSENNE, Shabtai. *A posteriori reflections on the Vienna Convention on the law of treaties*. In AA.VV. Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela. Vol I., Madrid, Tecnos, 1979. págs. 441-455.

ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3ª ed. Ed. Ariel, Barcelona, 1966.

SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. 2ª reimp. Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

United Nations. CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Most Favoured-Nation Treatment*. United Nations, Switzerland, 2010.

Naciones Unidas. Conferencia sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) “*Trato de la nación más favorecida*”, publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión. Documento de las Naciones Unidas UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III), 1999.

Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 60º período de sesiones* (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008). Naciones Unidas, Nueva York, 2008.

USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida*. Doc. A/CN.4/213. In. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1969. Vol. II, Documentos del 21º período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1970. p. 165 a 195.

USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida. Proyecto de artículos con comentarios*. Documento A/CN.4/266. In Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1973. Vol. II. Documentos del 25º período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1976. p. 97 a 117.

USTOR, Endré. *Cláusula de la nación más favorecida. Proyecto de artículos con comentarios.* Documento A/CN.4/286. In Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1975. Vol. II. Documentos del 27° período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General. Naciones Unidas, Nueva York, 1976. p.1 a 25.

VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional.* Vol. I. Editorial Juricentro, San José, 1979.

LEGISLACIÓN.

COSTA RICA.

LEY N° 7615 ***Aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*** de 29 de agosto de 1996.