de artículos sobre el derecho de los tratados⁴³⁸. En particular, distinguió entre la aplicación provisional de los tratados bilaterales y multilaterales, y también entre la aplicación provisional de los tratados restringidos y otros tratados. Las cuestiones relativas a la aplicación provisional y la terminación de la aplicación provisional de un tratado se resuelven en función de la naturaleza del tratado multilateral de que se trate. La Convención de Viena de 1978 refleja ese enfoque.

- 57. Esos matices vienen en gran medida dictados por el hecho de que la situación conlleva la sucesión y la aplicación provisional de los tratados respecto de los nuevos Estados independientes. Tal vez la Comisión debería seguir examinando si los detalles de la aplicación provisional dependen de la naturaleza del tratado de que se trate. ¿Tienen la naturaleza o el contenido del tratado algún efecto, a la hora de acordar la aplicación provisional, sobre quién debe ser parte en dicho acuerdo o quién debe dar el consentimiento a la aplicación provisional? Por ejemplo, si un tratado multilateral solo enuncia las obligaciones mutuas, parece que solo se podrá aplicar provisionalmente entre un Estado que acabe de iniciar el proceso de adhesión al tratado y las partes individuales. En ese caso, es necesario el consentimiento de todas las partes en el tratado a su aplicación provisional en relación con el Estado que se adhiere a él. Si el tratado incluye obligaciones erga omnes, ¿se requiere el consentimiento de todas las partes para aplicarlo provisionalmente? De manera análoga, ¿se precisa el consentimiento de todas las partes en un tratado por el que se establece una organización internacional para que pueda aplicarse provisionalmente respecto de un Estado que se adhiera a él?
- 58. Con respecto a la terminación de la aplicación provisional, la Convención de Viena de 1978 es interesante por diversas razones. Además de la «intención de no pasar a ser parte», contiene la expresión «aviso de terminación dado con antelación razonable». La Convención de Viena de 1969 no prevé esta última. Quizá valga la pena examinar con más detenimiento las disposiciones sobre la aplicación provisional de la Convención de Viena de 1978. Los proyectos de directriz ya acordados por el Comité de Redacción son de carácter un tanto general, y adoptar un enfoque más detallado podría ser útil para la labor de la Comisión sobre el tema.
- 59. Algunos tratados, como el Convenio sobre el Comercio del Trigo de 1986, contienen disposiciones sobre la aplicación provisional que determinan la condición de los Estados que aplican provisionalmente el tratado como parte o parte provisional en él, pero otros no se pronuncian sobre la cuestión. ¿Se podría considerar una norma general la afirmación de que un Estado que aplica provisionalmente un tratado que ha entrado en vigor es parte en ese tratado, o debería examinarse cada caso individualmente? Habida cuenta de su importancia en la práctica, se trata de una cuestión que el Relator Especial tal vez desee examinar.

Se levanta la sesión a las 11.45 horas.

3326^a SESIÓN

Viernes 22 de julio de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Organización de los trabajos del período de sesiones (conclusión*)

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE dice que la Mesa ampliada se reunió para examinar el programa de trabajo para el resto del período de sesiones. Habida cuenta de que las versiones en español y en inglés del informe de la Relatora Especial para el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los representantes del Estado (A/CN.4/701) son las únicas que se han publicado, varios miembros han expresado preocupación por que el documento se examine antes de ser traducido a todos los idiomas oficiales. Tras amplias consultas, se ha acordado que la Relatora Especial presentará su informe el 25 de julio —como está previsto en el programa de trabajo— y que todos los miembros que deseen intervenir puedan hacerlo, quedando entendido que el debate no concluirá en el período de sesiones actual y que la Relatora Especial no hará un resumen al respecto. En otras palabras, el debate sobre el tema comenzará en el período de sesiones en curso y continuará en el de 2017. El orador entiende que los miembros desean aprobar el programa de trabajo establecido.

Así queda acordado.

Aplicación provisional de los tratados (continuación) (A/CN.4/689, cap. II, secc. G, A/CN.4/699 y Add.1, A/CN.4/L.877)

[Tema 5 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

- 2. El PRESIDENTE invita a los miembros a proseguir el examen del cuarto informe del Relator Especial sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/699 y Add.1).
- 3. El Sr. MURPHY da las gracias al Relator Especial por su cuarto informe sobre la aplicación provisional de los tratados y la presentación detallada que ha hecho en una sesión anterior. En el capítulo II de su informe, el

⁴³⁸ Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario...* 1966, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, págs. 195 y ss.

^{*} Reanudación de los trabajos de la 3321ª sesión.

Relator Especial prosigue el examen de la relación entre la aplicación provisional y las demás disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969). Si bien en conjunto resulta esclarecedor, tal vez ese análisis esté demasiado centrado en las cuestiones planteadas por algunas delegaciones presentes en la Sexta Comisión. Evidentemente, es apropiado e importante tomar en consideración las opiniones de los Estados, pero la manera más segura para que la Comisión avance en su labor es examinar las cuestiones de manera global, apoyándose en trabajos de investigación y análisis pertinentes sobre el tema en su conjunto, y no tratar de aclarar los aspectos sobre los que solamente algunos Estados han llamado la atención. Así, el capítulo II del informe tal vez ofrezca respuestas a esos Estados, pero lo esencial del análisis que contiene no parece llevar a ninguna parte. Tampoco es cierto que las cuestiones planteadas por esos Estados sean las que se analizan en el informe. En el párrafo 72 se indica que «varias delegaciones» indicaron la importancia de abordar la relación entre el artículo 60 de la Convención de Viena de 1960 y la aplicación provisional. No obstante, los cinco Estados que se supone plantearon esa cuestión (Canadá, Grecia, Irlanda, Kazajstán y Rumania) no pidieron a la Comisión que examinara el artículo 60; deseaban saber cómo se terminaba o suspendía un acuerdo sobre la aplicación provisional de un tratado, sin afirmar expresamente en ningún momento que el artículo 60 aportase un elemento de respuesta pertinente al respecto. Por el contrario, de sus observaciones se desprende que esos Estados presuponen que otras partes de la Convención de Viena de 1969, en particular el artículo 60, no se refieren directamente a la aplicación provisional de los tratados y que el único régimen de terminación o suspensión de ese tipo de acuerdos es el establecido en el artículo 25.

En cuanto al análisis de fondo contenido en esa segunda parte del informe, el orador considera que el examen de las normas enunciadas en las demás partes de la Convención de Viena de 1969 es demasiado breve y que se debe evitar reflejar las consideraciones del Relator Especial en un proyecto de texto o un comentario. Así, en lo que respecta a la cuestión de las reservas, en el párrafo 23 el Relator Especial solo describe parte de las normas aplicables, a saber, las que se derivan del artículo 19 de la Convención, pero no dice nada sobre las demás normas enunciadas en los artículos 20 y 23, aunque tienen su importancia. Además, habría sido conveniente preguntarse si el artículo 25 constituye, en la Convención, un régimen parcial o totalmente autónomo, como algunos parecen pensar. Si ese régimen es totalmente autónomo, los demás artículos de la Convención no presentan un interés directo, a pesar de que pueden prestarse a una interpretación por analogía. Por consiguiente, cabe preguntarse si las normas relativas a la terminación y la suspensión previstas en el artículo 60 son pertinentes en relación con el artículo 25, cuyo párrafo 2 establece una norma relativa a la terminación. En este sentido, el proceso de redacción de ese artículo ofrece indicaciones. En su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados⁴³⁹, de 1966, la Comisión decidió no incluir, en lo que entonces era el artículo 22, una disposición sobre la terminación de la aplicación provisional

⁴³⁹ Anuario... 1966, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, págs. 195 y ss., párr. 38.

de un tratado en vigor y dejar que las partes resolvieran la cuestión mediante un acuerdo entre ellas, teniendo en cuenta las normas por las que se rige la terminación de los tratados⁴⁴⁰. En cambio, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados se optó por insertar una disposición relativa a la terminación, que figura en el párrafo 2 del artículo 25. Ello parece indicar que el enfoque adoptado por la Comisión, que apelaba a las normas por las que se regía la terminación de los tratados, no era aceptable para los Estados que optaron por una solución consistente en abordar de manera específica la terminación en el artículo 25. Otras propuestas encaminadas a que la terminación se abordara en el artículo 25, por ejemplo, limitando el período de aplicación provisional, no fueron aceptadas. Tampoco hay que olvidar que la Comisión deseaba hablar de la «entrada en vigor» provisional de un tratado, pero la Conferencia de Viena optó por la «aplicación» provisional, lo que refuerza la tesis del carácter excepcional del acuerdo mencionado en el artículo 25. En definitiva, parece que nadie consideró, durante la Conferencia de Viena, que las demás disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativas a la terminación rigieran también la terminación del acuerdo sobre la aplicación provisional. En concreto, el Estado que tiene la intención de poner fin a ese acuerdo no está obligado a recurrir a las complejas normas de la sección tercera de la parte V de la Convención, sino que simplemente notifica al otro Estado su voluntad de no ser parte en el tratado. Una cuestión más delicada es saber si un Estado puede suspender un acuerdo sobre la aplicación provisional o, si ese acuerdo es multilateral, suspenderlo temporalmente en relación con uno o varios Estados partes en él. Para el orador, se puede argumentar que el artículo 25 establece los medios exclusivos mediante los cuales un Estado puede, por iniciativa propia, terminar su obligación de aplicar provisionalmente el tratado.

- 5. El examen de las cuestiones relativas a la nulidad, que comienza en el párrafo 40 del informe, es interesante. El hincapié hecho en la pertinencia del derecho interno y el análisis del caso *Yukos* y la decisión del tribunal holandés correspondiente son acertados. El Sr. Kolodkin ha hecho observaciones tan pertinentes como bien argumentadas en ese sentido, pero el orador está de acuerdo con el Relator Especial y con otros miembros en que es preferible no extraer ninguna conclusión sobre ese caso mientras esté juzgándose.
- 6. Para describir la relación entre el derecho interno y el acuerdo sobre la aplicación provisional de un tratado, es esencial distinguir entre tres supuestos. En el primero de ellos, el acuerdo remite de manera expresa al derecho interno, que es, por tanto, pertinente para evaluar el alcance de ese acuerdo. Esa es la cuestión planteada en el caso *Yukos* por el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía, citado en el párrafo 51 del informe. Esa hipótesis no está relacionada con la cuestión de si un Estado puede invocar su derecho interno para eludir las obligaciones internacionales, sino con la naturaleza de la obligación internacional de que se trate. En el segundo supuesto, el acuerdo sobre la aplicación provisional no remite al derecho interno y el Estado trata de invocar la nulidad de su consentimiento a ese acuerdo basándose en

 $^{^{440}\,\}mathrm{Ibid.},$ pág. 231 (párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 22).

una disposición de su derecho interno relativa a la competencia para concluir acuerdos internacionales, como se prevé en el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. Evidentemente, la posibilidad que tienen los Estados de dar por terminado el acuerdo sobre la aplicación provisional de un tratado mediante una simple notificación a las demás partes hace que, en general, no tengan que recurrir al derecho interno con ese fin. No obstante, la cuestión de la invocación del derecho interno puede plantearse si el Estado alega que el acuerdo era nulo ab initio, en cuyo caso no pudo cometerse ninguna violación que diera derecho a una indemnización. En el tercer supuesto, el acuerdo sobre la aplicación provisional no remite al derecho interno, sino que el Estado lo invoca para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Una hipótesis de ese tipo se prevé en el artículo 27 de la Convención, en virtud del cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Una vez más, la cuestión puede ser pertinente si el Estado aspira a establecer que no se ha incumplido la obligación de aplicar provisionalmente el tratado que da derecho a una indemnización.

- Con respecto al proyecto de directriz 10, el orador señala que esa disposición aparentemente solo se refiere al tercer supuesto, ya que su redacción se basa en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, cuando debería abarcar los tres casos mencionados. En cuanto al primero, habida cuenta de que las disposiciones convencionales que remiten al derecho interno son numerosas, se podría indicar en el proyecto de directriz 10 que el derecho interno es pertinente. No decir nada más evita posicionarse sobre las condiciones en que el derecho interno es aplicable, pues su aplicación depende de la formulación del acuerdo sobre la aplicación provisional de que se trate. La tercera hipótesis queda abarcada por la primera oración del proyecto de directriz 10, que es incuestionable. Aunque la práctica que lo sustenta es probablemente escasa, parece lógico que el Estado no pueda invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones internacionales.
- 8. El capítulo III del informe, dedicado a la práctica de las organizaciones internacionales en la aplicación provisional de los tratados, es interesante. Ese capítulo, así como la adición del informe, se basa en una labor de investigación exhaustiva e ilustra la determinación del Relator Especial de recabar la mayor cantidad posible de datos sobre el tema. Ahora bien, aunque es interesante y útil, no está claro a qué conduce la información obtenida ni en qué contribuye exactamente a la labor futura de la Comisión sobre el tema.
- 9. En el último párrafo del informe, el Relator Especial indica que tiene intención de proponer algunas cláusulas modelo en un futuro informe. Esas cláusulas podrían ser útiles a los Estados, pero su verdadero valor añadido dependerá del examen que haga la Comisión de la importancia de cada una de ellas, pues ello ayudaría a los Estados a optar por una u otra cláusula en un determinado caso. Ahora bien, puede resultar delicado explicar el significado de diversas cláusulas, ya que, al hacerlo, se corre el riesgo de apartarse del sentido que ya está reconocido en algunos tratados en vigor. Así pues, el orador considera

que la iniciativa de proponer una cláusula modelo basada en el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía y aclarar su significado puede resultar bastante problemática y se pueden plantear las mismas dificultades con otras cláusulas. Otro enfoque, *a priori* menos útil, sería limitarse a elaborar una lista de cláusulas de uso común, sin analizar su significado.

- 10. El Sr. McRAE da las gracias al Relator Especial por su cuarto informe, cuya riqueza ya ha sido destacada por otros miembros de la Comisión y que plantea una serie de cuestiones que esta deberá examinar. No obstante, al igual que a los Sres. Nolte y Murphy, le sorprende el carácter fragmentado del informe, en el que el Relator Especial parece responder a las preguntas formuladas durante los debates en la Sexta Comisión más que seguir un plan coherente.
- 11. La cuestión de la relación entre las disposiciones relativas a la aplicación provisional y las demás disposiciones de la Convención de Viena de 1969 es esencial. Si bien, en términos generales, el orador está de acuerdo con muchas de las conclusiones del Relator Especial, no ve muy claro por qué ha llegado a ellas, ni a partir de qué premisas. En relación con las reservas, por ejemplo, el Relator Especial concluye que el Estado que aplica provisionalmente un tratado puede formular reservas y otros Estados pueden oponerse a esas reservas. Así es, en efecto, y otros miembros de la Comisión han apoyado esa idea. Pero ¿por qué eso es así? El Relator Especial señala que, en su opinión, nada impide que un Estado formule reservas a partir del momento en que conviene en la aplicación provisional de un tratado. Ahora bien, ¿qué justifica tal afirmación? Parece que se debería haber aclarado de antemano que la aplicación provisional de un tratado constituye efectivamente, a pesar de su carácter provisional, una aplicación de dicho tratado. En otras palabras, las partes que aplican ese tratado pueden beneficiarse de todos los derechos y ventajas que se derivan de él y, si ese tratado autoriza la formulación de reservas, cualquier Estado que lo aplique provisionalmente puede hacer valer el mismo derecho a formular reservas que cualquier otra parte en el tratado. Evidentemente, la situación sería diferente si la aplicación provisional del tratado solo fuera parcial y las disposiciones relativas a las reservas no figurasen en la parte correspondiente del tratado.
- 12. Esas consideraciones requieren hacer una observación importante, a saber, que el Estado que aplica provisionalmente un tratado se encuentra en una situación idéntica a aquella en que estaría una parte en ese tratado si ese instrumento hubiera entrado en vigor. Por consiguiente, la cuestión de la relación entre las normas relativas a la aplicación provisional de los tratados y las demás disposiciones de la Convención de Viena de 1969, en algunos aspectos, no existe realmente. En la medida en que las disposiciones de la Convención se aplican a un tratado en vigor, son aplicables de manera automática a un tratado aplicado provisionalmente de la misma manera que si el tratado estuviera en vigor, solo que no lo está, al menos para los Estados que lo aplican provisionalmente. Los Estados que convienen en aplicar provisionalmente un tratado no pueden estar sujetos a normas especiales diferentes de las aplicables a las partes, salvo que se considere que el artículo 25 crearía un régimen

especial, pero ¿sobre qué base? Por lo tanto, cabe dudar de la pertinencia de la conclusión expuesta por el Relator Especial en el párrafo 33 del informe, donde se dice que un Estado podría formular reservas respecto de un tratado que será aplicado provisionalmente si dicho tratado expresamente lo permite y ello podría ocurrir si existen razones para pensar que la entrada en vigor se demorará por tiempo indefinido. Puesto que un Estado que aplica provisionalmente un tratado tiene los mismos derechos que un Estado que pasa a ser parte en él y que el tratado se aplica como si estuviera en vigor, las normas ordinarias relativas a las reservas se aplican y el hecho de que la duración de la aplicación provisional pueda ser indefinida es irrelevante. Las mismas consideraciones son válidas, en principio, para las demás disposiciones de la Convención de Viena de 1969, que se aplican a un tratado aplicado provisionalmente de la misma manera que a un tratado en vigor. No obstante, conviene matizar esa afirmación, ya que el alcance de los derechos de un Estado que aplica provisionalmente un tratado, a diferencia de los de una parte en un tratado, depende de los términos en que la aplicación provisional esté autorizada en dicho tratado o de los términos del acuerdo independiente por el que los Estados convienen en la aplicación provisional. Por lo tanto, la determinación de si un Estado que aplica provisionalmente un acuerdo puede formular reservas dependerá, en primer lugar, de los términos en que esté autorizada la aplicación provisional y, en segundo lugar, de lo que establezcan las disposiciones relativas a las reservas del tratado que se aplica provisionalmente.

En cuanto a la consideración del derecho interno en materia de aplicación provisional de los tratados, la información detallada del Relator Especial, aunque no carece de interés, tiende a embarullar la cuestión en lugar de a aclararla. A primera vista, las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 sobre las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados o la medida en que un Estado puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones se aplican a la aplicación provisional. Por consiguiente, se aplican si el tratado o el acuerdo que autoriza la aplicación provisional no se pronuncia sobre ese aspecto. Si el tratado o el acuerdo que prevé la aplicación provisional establece normas específicas relativas a la toma en consideración del derecho interno en relación con cualquier aspecto de la aplicación provisional, son esas disposiciones las que deben aplicarse. Esa es precisamente la situación en el caso Yukos, al que el Relator Especial dedica comentarios que han llamado la atención de algunos miembros de la Comisión. El Tratado sobre la Carta de la Energía contiene, en efecto, disposiciones propias que prevén su aplicación provisional, como el artículo 45, que establece que los signatarios pueden aplicar el Tratado de manera provisional, siempre y cuando dicha aplicación provisional no esté en contradicción con su constitución, leyes o reglamentos. En otras palabras, con arreglo al Tratado sobre la Carta de la Energía, el derecho interno desempeña una función en el marco de la aplicación provisional. Así pues, parece que el caso Yukos no se pronuncia sobre las normas relativas a la aplicación provisional, ya que se refiere a la interpretación de las modalidades de la aplicación provisional prevista en el Tratado sobre la Carta de la Energía. Si bien las divergencias de opinión sobre la relación entre los párrafos 1 y 2 del artículo 45 de ese instrumento son de interés desde el punto de vista de la interpretación de los tratados, la presentación que hace de ellas el Relator Especial no arroja luz sobre el derecho de la aplicación provisional de manera más general, ya que, de la lectura de la información detallada que figura en el informe, no se deduce por qué considera que el caso *Yukos* refleja un posible conflicto subyacente derivado de la incompatibilidad entre la Constitución de un Estado y la aplicación provisional del Tratado prevé que se tome en consideración la Constitución de los Estados interesados, el único conflicto existente se refiere a la interpretación de los párrafos 1 y 2 del artículo 45.

14. No obstante, cabe señalar que, entre otros elementos citados, como la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (Convención de Viena de 1978) y la práctica de la Unión Europea, la información detallada del Relator Especial sobre el caso Yukos pone de manifiesto la existencia de una práctica abundante en relación con la aplicación provisional. En otras palabras, el Comité de Redacción ha elaborado directrices acerca del sentido y la aplicación del derecho y la práctica con respecto a la aplicación provisional de los tratados sobre la base del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 sin haber comprendido plenamente la práctica de los Estados, en particular las modalidades con arreglo a las cuales se prevé la aplicación provisional. Por consiguiente, la Comisión ha trabajado a partir de una imagen distorsionada de la situación. El cuarto informe del Relator Especial ofrece la oportunidad de examinar esa práctica y extraer conclusiones. Con todo, sería útil analizar de manera más sistemática las disposiciones de los tratados o los acuerdos que prevén la aplicación provisional, preguntándose en qué casos esas disposiciones autorizan la aplicación provisional; si se limitan a reproducir el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 o, por el contrario, se apartan de él; si contemplan una aplicación provisional parcial y, en ese caso, si indican a qué parte del tratado se refiere o dejan esa decisión a los Estados; si existen tipos de disposiciones particulares sujetas a la aplicación provisional o en qué medida se imponen limitaciones al ejercicio de los derechos previstos por un Estado que aplica provisionalmente el tratado. También sería útil comparar las disposiciones de los acuerdos que contemplan la aplicación provisional que condicionan esa aplicación a las disposiciones del derecho interno, constitucionales o de otra índole, ya que permitiría dar su justa importancia al caso Yukos. Según si el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía es el único en su especie o si su contenido se encuentra en otros tratados, la Comisión sabrá dónde se sitúa el caso Yukos en relación con la práctica de los Estados en la materia, lo que de todos modos no guarda relación alguna con la decisión que tome o vaya a tomar la Corte Permanente de Arbitraje o el Tribunal de Distrito de La Haya en ese caso. Puede ser que, en el análisis final, el examen de la práctica rebata la idea de que un Estado que aplica provisionalmente un tratado está en la misma situación que una parte en el tratado.

15. Hay otro aspecto de la exposición dedicada a las reservas que requiere aclaraciones. El Relator Especial

subraya que no parece haber práctica de los Estados relativa a la aplicación provisional de tratados con reservas, por la sencilla razón de que, en ese caso, los Estados excluirían de la aplicación provisional las disposiciones a las que se pudieran formular reservas. Se trata de una idea interesante que llevaría a pensar que el Estado que aplica un tratado de manera provisional no es totalmente equiparable a un Estado parte, ya que este último no puede elegir entre las disposiciones del tratado que quiere aplicar y las que no, excepto mediante la formulación de reservas. El Estado que aplica provisionalmente un tratado puede, en principio, decidir no solo qué disposiciones aplica sino también formular reservas, siempre que el acuerdo por el que los Estados interesados convienen en la aplicación provisional no imponga limitaciones en ese sentido. En cualquier caso, cabe concluir que la Comisión aún no tiene una teoría que refleje adecuadamente la aplicación provisional y su relación con la plena aplicación de un tratado.

16. En cuanto al capítulo III del informe, el orador considera que, si bien aborda muchos elementos interesantes, la práctica descrita en él abarca cuestiones muy diversas de las que el Relator Especial no parece sacar conclusiones claras. La práctica de la Secretaría de las Naciones Unidas en calidad de depositaria y en relación con las funciones de registro que le confiere el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas no está exenta de interés en la medida en que afecta a la aplicación provisional, pero las estadísticas no bastan y sería conveniente analizar la naturaleza de las formalidades convencionales registradas, así como comparar las actividades del Secretario General en tanto que depositario con las de otros depositarios. Con respecto a la elaboración de cláusulas modelo, la experiencia ha demostrado que se trata de una tarea delicada que el Relator Especial parece subestimar. Por último, en relación con el proyecto de directriz 10, el orador comparte la opinión del Sr. Murphy y otros miembros de la Comisión que han hecho hincapié en que hay muy pocos elementos en el informe que sustenten ese proyecto. De hecho, aparece casi inopinadamente al final del informe, de tan poco claro como está a qué se refiere concretamente lo que antecede. En la medida en que retoma, aunque con diferentes términos, el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, su contenido no es cuestionable. No cabe decir lo mismo de su oportunidad. Si, en efecto, se incluyese en el proyecto de directrices, contrariamente a otras disposiciones de la Convención, ¿no nos arriesgaríamos a llevar a pensar que esas disposiciones no se aplican en el contexto de la aplicación provisional? Sin duda sería preferible incluir en el proyecto de directrices una directriz general que indique que, a menos que ello se excluya en el acuerdo por el que los Estados convienen en la aplicación provisional, las disposiciones de la Convención se aplicarán, en la medida en que sean pertinentes, a la aplicación provisional de los tratados.

17. En conclusión, si bien no se opone a la remisión del proyecto de directriz al Comité de Redacción, el orador considera que el Relator Especial debe ofrecer a la Comisión orientaciones más precisas sobre la relación existente entre la aplicación provisional y las demás disposiciones de la Convención de Viena de 1969.

- 18. El Sr. KAMTO da las gracias al Relator Especial por su cuarto informe, que es, como los anteriores, conciso y fácil de leer, y trata algunas de las cuestiones más importantes de la materia examinada. El orador, que destacó desde el principio de los trabajos la necesidad de examinar la relación de la aplicación provisional con el derecho interno, en particular a la luz del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, constata con satisfacción que esa cuestión ocupa un lugar especial en el informe y que el Relator Especial se ha dejado convencer finalmente por los Estados presentes en la Sexta Comisión del fundamento de esa problemática, a la que ahora se suma la mayoría miembros de la Comisión.
- 19. Como observación general, el orador considera que el Relator Especial y la Comisión deberían, en primer lugar, abordar la cuestión de si la aplicación provisional de un tratado o de algunas de sus disposiciones obedece a un régimen jurídico diferente que el que rige un tratado que ha entrado en vigor. De lo contrario, habrá que proseguir con la labor llevada a cabo por el Relator Especial tanto en su cuarto informe como en los anteriores, a saber, examinar la relación entre la aplicación provisional y las demás disposiciones de la Convención de Viena de 1969. No obstante, esa labor es cuestionable, ya que se basa implícitamente en la idea errónea de que la aplicación provisional modifica la naturaleza del tratado. Un tratado sigue siendo un tratado, tanto si su aplicación comienza después de la entrada en vigor como si los Estados convienen en aplicarlo de manera provisional. El único aspecto de la aplicación provisional que la Convención ha tomado claramente del régimen general de los tratados es su terminación, que se rige por el párrafo 2 del artículo 25. Por lo demás, un tratado aplicado a título provisional está sujeto al mismo régimen jurídico que un tratado en vigor; obliga a los Estados que lo aceptaron y produce los mismos efectos jurídicos. Ni la naturaleza ni la fuerza ni los efectos jurídicos de las obligaciones de las partes se ven alterados por su aplicación provisional. Por eso no es de extrañar que los representantes de los Estados presentes en la Sexta Comisión convinieran en que la aplicación provisional de un tratado tenía efectos jurídicos, como se recuerda en el párrafo 5 del informe, lo que no impide que los Estados que aplican provisionalmente un tratado puedan, en ese contexto, determinar a su conveniencia el alcance de sus obligaciones con respecto al tratado que entrará en vigor.
- Esas consideraciones se aplican también al artículo 46 de las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, que el orador considera un aspecto esencial del tema que se examina y con respecto al cual discrepa del análisis del Relator Especial. En primer lugar, la observación sobre la aplicación provisional que figura en el párrafo 44 del informe, según el cual el artículo 46 «llevaría a la necesidad de que en forma previa a convenir sobre la aplicación provisional de un tratado [el Estado] se pregunte [...] si acaso, al hacerlo, no se estaría violando "una norma de importancia fundamental de [...] derecho interno", so pena de incurrir en alguna causal de nulidad del tratado», podría igualmente aplicarse a un tratado en vigor. Además, desde la perspectiva del derecho de los tratados, cuyo régimen general establece la Convención de Viena de 1969, no hay absolutamente nada que justifique la no aplicación del artículo 46 a un tratado aplicado provisionalmente.

21. Los párrafos 45 y 46 del informe, así como el párrafo 47, contienen errores de razonamiento. En primer lugar, en el párrafo 45 se dice que no sería «correcto ni razonable» someter a los Estados que convienen en la aplicación provisional a la supuesta obligación de conocer sus respectivos derechos internos, ya que el artículo 46 se limitaría a contemplar la vulneración de una disposición de derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados. Ahora bien, se trate de un tratado en vigor o de un tratado sujeto a la aplicación provisional, el problema es el mismo: en la mayoría de los Estados, el Jefe del Ejecutivo es quien negocia los tratados y el Parlamento es quien los ratifica cuando se refieren a materias de su competencia. Si un tratado o determinadas disposiciones de un tratado llamados a ser objeto de una aplicación provisional se someten, en virtud de la Constitución, a la ratificación parlamentaria, el problema que se plantea va más allá de la estricta aplicación y se refiere a la competencia para celebrar tratados. Por lo tanto, la aplicación del artículo 46 está bien fundada. A continuación, en ese mismo párrafo se dice que el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 «no hace distinción entre las disposiciones del derecho interno y estipula que "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"». Una vez más, se trata de una disposición general aplicable tanto a un tratado en vigor como a un tratado aplicado provisionalmente. No obstante, el Relator Especial persiste en hacer de esa disposición una lectura parcial, ignorando su segunda oración, que aclara que esa norma se entenderá sin perjuicio del artículo 46, lo que remite necesariamente a ese artículo, si bien concluye su análisis en el párrafo 45 señalando que «nada en el artículo 25 permite establecer la obligación para los Estados que contemplan recurrir a la aplicación provisional de proceder, como requisito previo, a una determinación en torno al derecho interno de cualquiera de las partes involucradas con fundamento en el artículo 46». En la causa relativa a la Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (el Camerún c. Nigeria: intervención de Guinea Ecuatorial), la Corte Internacional de Justicia tuvo que examinar las condiciones de aplicación del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. Con respecto a la argumentación de Nigeria, derivada del desconocimiento de las normas constitucionales del país relativas a la conclusión de tratados, la Corte, tras recordar el contenido del artículo 46, precisó que «[1]as normas relativas a la facultad para firmar tratados en nombre de un Estado son normas constitucionales de importancia fundamental. No obstante, una limitación de la capacidad de un Jefe del Estado a este respecto no es manifiesta en el sentido del párrafo 2 del artículo 46 a menos que, por lo menos, haya sido debidamente publicada. Eso es especialmente así porque los Jefes del Estado pertenecen al grupo de personas que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 7 de la Convención, "en virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes" se considera que representan a su Estado». Está claro que lo dispuesto en los artículos 27 y 46 constituye un todo y que las «disposiciones del derecho interno de importancia fundamental» forman parte del régimen del tratado, ya que no solo figuran en la Convención de Viena de 1969, por lo que no podemos ignorarlas, pero, si no hubiera tomado en consideración su observancia para valorar la validez de un tratado, la Corte no habría tenido en cuenta, como hizo en la causa citada, los argumentos extraídos del artículo 46.

22. En segundo lugar, el orador cuestiona la base para la afirmación del párrafo 47 del informe, que indica que en el debate, tanto en la Comisión como en la Asamblea General, «quedó claro que en los proyectos de directrices no debe incluirse referencia alguna al derecho interno, bajo ninguna circunstancia, a fin de no generar la falsa impresión de que el régimen de la aplicación provisional estaría supeditado al derecho interno de los Estados». Si bien es cierto que varios miembros de la Comisión se han pronunciado en ese sentido, el Relator Especial no especifica cuáles son los Estados que, en el marco de la Sexta Comisión, han apoyado esa posición. Además, parece defender una concepción errónea de la referencia al derecho interno en materia de aplicación provisional de los tratados. En efecto, recuerda en primer lugar en el párrafo 46 del cuarto informe que había concluido su análisis del artículo 27, no del artículo 46, en el tercer informe, señalando que «una vez que el tratado está siendo aplicado provisionalmente, el derecho interno no puede ser invocado como justificación para el incumplimiento de las obligaciones que derivan de la aplicación provisional»441. Ahora bien, es evidente que si un Estado ya ha aplicado un tratado a título provisional, no sería apropiado invocar después su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones. Por lo demás, el artículo 27 se lee juntamente con el artículo 46. En segundo lugar, de las conclusiones extraídas del examen de los casos Yukos y Kardassopoulos se desprende que el Relator Especial parece hacer una amalgama entre la manera en que se utiliza la referencia al derecho interno en el marco del artículo 46 y las limitaciones del alcance de la aplicación provisional con arreglo al derecho interno que las partes pueden acordar libremente. Como dijo el Sr. Murase al examinar el primer informe sobre el tema⁴⁴² y ha vuelto a decir en el período de sesiones actual, se trata de casos bastante particulares en los que la referencia al derecho interno se basa en el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía y no el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. Mientras que el segundo establece una norma de derecho interno de importancia fundamental, el primero dispone que los signatarios convienen en aplicar el Tratado de manera provisional «siempre y cuando dicha aplicación provisional no esté en contradicción con su constitución, leyes o reglamentos» y, por lo tanto, remite a prácticamente todas las normas de derecho interno. Así pues, no cabe extraer una regla general, ya que los Estados son libres de determinar el alcance de sus obligaciones y pueden incluir en un tratado todas las disposiciones que quieran dentro de los límites del derecho internacional, siempre que no sean contrarias al ius cogens. Parece que el Relator Especial defiende esa concepción del derecho interno para poder descartar la idea de la aplicabilidad del artículo 46 a la aplicación provisional de un tratado. No obstante, el orador considera que el artículo 46 se aplica en ese caso, al igual que en el caso de un tratado en vigor, y no se puede eliminar mediante una simple cláusula sin perjuicio como se propone en el proyecto de directriz 10. Por consiguiente, debería modificarse dividiéndolo en dos párrafos: uno que retomara la primera oración del artículo 27 y el otro, adaptado del artículo 46, en el que se estableciera el régimen general del derecho de los tratados

⁴⁴¹ Anuario... 2015, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/687, pág. 69, párr. 70.

⁴⁴² Anuario... 2013, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664.

aplicado a la hipótesis particular de la aplicación provisional. Sin perjuicio de las observaciones anteriores, el orador está de acuerdo en remitir el proyecto de directriz 10 al Comité de Redacción.

- 23. En la medida en que la información detallada sobre los artículos 60 y 73, así como sobre la práctica de las organizaciones internacionales, no da lugar a proyectos de directriz, el orador no considera útil formular a ese respecto observaciones, que se reserva para los futuros trabajos sobre el tema examinado.
- 24. El Sr. PETRIČ felicita al Relator Especial por su cuarto informe y la presentación oral hecha al respecto. El análisis de las opiniones expresadas por los Estados que figura en el informe pone de manifiesto que el tema examinado suscita un gran interés, lo cual no es sorprendente, dada la gran importancia que reviste la aplicación provisional de los tratados en la práctica estatal. Puesto que la aplicación provisional de los tratados es una realidad habitual de la práctica internacional contemporánea, es importante que el resultado final de la labor de la Comisión sobre ese tema esté firmemente apoyado por la práctica de los Estados y no se base fundamentalmente en hipótesis. Sin embargo, es cierto, como ha señalado el Relator Especial, que, en muchos aspectos, la práctica en materia de aplicación provisional de los tratados escasea, por ejemplo, en relación con la formulación de reservas en el marco de la aplicación provisional de los tratados, o es controvertida, como en lo que respecta a la nulidad de los tratados, en particular en el contexto del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. Si bien cada vez hay más práctica de los Estados, esta sigue siendo muy desigual, como demuestran los regímenes constitucionales, algunos de los cuales reconocen la aplicación provisional, en términos generales, expresa o implícitamente, cuando otros la permiten con arreglo a determinadas condiciones o sencillamente la prohíben. Por tanto, es difícil, aunque la aplicación provisional de los tratados sea una práctica frecuente, elaborar directrices claras en la materia.
- 25. Para el orador, el carácter limitado y heterogéneo de la práctica de los Estados es lo que llevó al Relator Especial a analizar la relación entre la aplicación provisional de los tratados, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, y otras disposiciones de esa Convención, en especial las relativas a las reservas; la nulidad de los tratados, en particular el efecto de las disposiciones del derecho interno sobre la competencia para celebrar tratados; la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación como consecuencia de su incumplimiento, y la sucesión de Estados. Aunque su análisis, que también se basa en las opiniones y peticiones expresadas por los Estados presentes en la Sexta Comisión y los debates celebrados al respecto en la Comisión, está bien argumentado, no es verdaderamente concluyente, al menos en esa etapa de los trabajos, ya que no permite establecer elementos suficientes para elaborar proyectos de directriz, y el orador duda que algún día lo permita. No obstante, considera que, aunque a veces se basan más en la lógica jurídica que en la práctica de los Estados, las conclusiones extraídas de ese análisis son útiles porque arrojan luz sobre los problemas actuales de la aplicación provisional de los tratados.

- 26. En cuanto a la aplicación provisional de los tratados multilaterales, varias situaciones son posibles y merecerían un examen más detenido. Un Estado puede aplicar un tratado multilateral provisionalmente cuando el tratado ya ha entrado en vigor para otros Estados o cuando aún no ha entrado en vigor, por ejemplo porque el número mínimo de ratificaciones requerido todavía no se ha alcanzado, en cuyo caso el Estado en cuestión puede o no haber ratificado ya el tratado. Las consecuencias de las situaciones previstas en el informe son diferentes y convendría estudiarlas con más detalle. También sería útil distinguir más claramente entre la aplicación provisional de los tratados bilaterales, la aplicación provisional de los tratados multilaterales y la aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales.
- 27. El orador aprueba la manera en que el Relator Especial analiza la cuestión de la formulación de reservas en el marco de la aplicación provisional de un tratado. Dado que se basa en un acuerdo, la formulación de reservas debe ser, en principio, posible, a menos que esté expresamente prohibida por el tratado en cuestión, como se explica en el párrafo 23 del informe. En el párrafo 32 del informe, el Relator Especial indica con razón que la aplicación provisional constituye de hecho un tratado en todos los sentidos del término, ya que es el resultado de un acuerdo, y llega a la conclusión, por tanto, de que nada debería impedir que un Estado pueda efectivamente formular reservas al convenir en la aplicación provisional de un tratado. No obstante, puesto que la cuestión de las reservas es particularmente espinosa en la práctica, convendría formular directrices que guiaran la práctica de los Estados en esa materia.
- En cuanto a la relación entre la aplicación provisional y el régimen de nulidad de los tratados, el Relator Especial centra su análisis en el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, relativo a las repercusiones de las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. En otras palabras, se interesa por los posibles conflictos entre el derecho interno de un Estado y las modalidades de la aplicación provisional de un tratado por dicho Estado. El orador considera que se trata del aspecto más controvertido del tema, como pone de manifiesto el análisis de la jurisprudencia relativa al caso Yukos que figura en el informe, que varios miembros de la Comisión ya han comentado a fondo y sobre la que, por tanto, no se extenderá. Es conveniente que, en la medida en que ninguna decisión final se ha tomado aún sobre este caso, y aunque este sea susceptible de sentar un precedente, la Comisión no debería sacar conclusiones de la jurisprudencia conexa y mucho menos pronunciarse sobre el fondo del caso.
- 29. En general, hay que destacar que los procedimientos previstos en el derecho interno, cuyo cumplimiento es un requisito previo indispensable para la entrada en vigor de un tratado para un Estado, se refieren en realidad a cuestiones de fondo y son un elemento fundamental de la separación de poderes y la soberanía de los Estados, así como una garantía de la legalidad y la sumisión al derecho de las relaciones convencionales establecidas por los Estados. Por lo tanto, las garantías y limitaciones procesales previstas por el derecho interno en materia de celebración de tratados deben ser respetadas, *mutatis*

mutandis, cuando un Estado conviene en aplicar provisionalmente un tratado, ya que un acuerdo de ese tipo constituye también una relación convencional, y sería difícilmente aceptable por los Estados que las exigencias en cuanto al cumplimiento de las disposiciones del derecho interno sean menos estrictas en el caso de la aplicación provisional que en el de la aplicación del procedimiento ordinario de conclusión de un tratado. Por consiguiente, el orador no puede apoyar el proyecto de directriz 10 en su forma actual, pero está de acuerdo en que se remita al Comité de Redacción para que lo modifique teniendo en cuenta las observaciones formuladas. En particular, no se debería reducir el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 a una simple cláusula sin perjuicio, y se hace eco a ese respecto de las opiniones del Sr. Murase y otros miembros de la Comisión que han señalado que el proyecto de directriz 10 debería estar sustentado de manera más sólida, y en particular que se debería ahondar en el análisis comparativo de las disposiciones constitucionales, dada la importancia crucial y el carácter controvertido que reviste para el tema la cuestión de las limitaciones a la aplicación provisional establecidas en el derecho interno.

- 30. Esa labor de investigación también permitiría elaborar cláusulas modelo, tarea difícilmente factible a falta de una visión clara del papel que desempeña el derecho interno en relación con la aplicación provisional. El orador admite además que, puesto que los Estados deben convenir en la aplicación provisional, también pueden establecer limitaciones al respecto sobre la base de su derecho interno. Según ha indicado el Sr. Kolodkin, pueden descartar las normas de procedimiento que rigen la entrada en vigor de los tratados conviniendo en aplicar provisionalmente un tratado, sin renunciar a su derecho a dar su consentimiento a la aplicación provisional y establecer los términos y limitaciones correspondientes. En ese sentido, el caso del Brasil expuesto por el Sr. Saboia es un ejemplo elocuente de la práctica estatal. También convendría profundizar en el análisis propuesto por los Sres. Murphy y McRae con miras a la futura labor.
- 31. Al orador le parece interesante el análisis que hace el Relator Especial de las dificultades asociadas a la aplicación provisional en el contexto de la sucesión de Estados basándose principalmente en los artículos 27 y 28 de la Convención de Viena de 1978. Esos artículos establecen una distinción muy precisa entre los tratados multilaterales y los bilaterales y, dentro de los tratados multilaterales, entre los tratados multilaterales «de participación abierta» y los tratados multilaterales «de participación limitada», previstos en el artículo 17, párrafo 3, de la Convención, en cuyo caso se requiere el consentimiento de todas las partes en el tratado para que otro Estado pueda aplicar provisionalmente el tratado. Sería adecuado llevar a cabo nuevas investigaciones y análisis de la práctica para elaborar directrices relativas a la aplicación provisional en caso de sucesión. A tal fin, el estudio de la práctica de los Estados descolonizados y convertidos en Estados independientes después de 1990 podría ser muy útil.
- 32. Por último, señalando que en el párrafo 174 del capítulo III del informe dedicado a la práctica de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales

en materia de aplicación provisional de los tratados el Relator Especial concluye que la aplicación provisional de los tratados por las organizaciones internacionales es un elemento importante de la práctica del derecho de los tratados, el orador dice que, si bien la información que figura en ese capítulo del informe es interesante, es de lamentar que el Relator Especial no haya tratado de elaborar proyectos de directriz a partir de esas investigaciones, ni tan siquiera sacar conclusiones personales. Para concluir, el orador espera que la labor sobre este arduo tema culmine en la aprobación de directrices entre las que tal vez haya también cláusulas morales.

Se levanta la sesión a las 11.25 horas.

3327ª SESIÓN

Lunes 25 de julio de 2016, a las 15.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Más tarde: Sr. Georg NOLTE (Vicepresidente)

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Aplicación provisional de los tratados (continuación) (A/CN.4/689, cap. II, secc. G, A/CN.4/699 y Add.1, A/CN.4/L.877)

[Tema 5 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

- 1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del cuarto informe del Relator Especial sobre la aplicación provisional de los tratados que figura en el documento A/CN.4/699 y Add.1.
- 2. El Sr. FORTEAU dice que suscribe en su mayor parte las observaciones formuladas por muchos oradores, en particular el Sr. Kolodkin, el Sr. McRae, el Sr. Murase, el Sr. Murphy, el Sr. Nolte y Sir Michael Wood, con respecto a la metodología seguida por el Relator Especial y las dificultades que está causando.
- 3. Como ya se ha señalado en varias ocasiones, la función del Relator Especial no se limita al estudio de temas en que los Estados han expresado interés durante los debates de la Sexta Comisión; se trata ante todo de hacer una recopilación actualizada de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina respecto de cada elemento del tema. El primer paso esencial es evaluar el material