

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. Cafilisch, 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

pertinente —en el presente caso, principalmente la práctica convencional— ya que, por definición, es fundamental adoptar un enfoque inductivo para la codificación del derecho internacional.

4. A ese respecto, cabe lamentar que, tras cuatro años de trabajos sobre el tema, la Comisión siga sin contar con un estudio detallado de la práctica convencional en relación con la aplicación provisional. Los ejemplos que se han dado se refieren exclusivamente a la práctica de las organizaciones internacionales. Ello ha hecho que la labor de la Comisión sobre el tema se encuentre en un punto muerto, especialmente en el Comité de Redacción, ante la imposibilidad de formular textos que reflejen fielmente la práctica sin saber exactamente cuál es esa práctica. En 2014, el orador insistió en la necesidad de que la Comisión reuniera la práctica pertinente y señaló que, en lugar de esperar a que los Estados proporcionaran información sobre su práctica, el Relator Especial debe buscarla. Tres ejemplos sirven para ilustrar la gravedad de los problemas causados por la falta de un estudio preliminar sistemático de la práctica convencional pertinente.

5. En primer lugar, en el párrafo 118 de su informe, el Relator Especial habla de la «diversidad de cláusulas de aplicación provisional»; en el párrafo 129 señala «la variedad de fórmulas que los Estados han utilizado para pactar la aplicación provisional de tratados» y en el párrafo 132 incluso llega a decir que esa práctica es «anárquica». En esas circunstancias, al insistir en examinar el tema sin fundamento se corre el riesgo de que la Comisión codifique normas que transmitan una imagen imperfecta o distorsionada de la práctica actual.

6. En segundo lugar, el examen de los pocos elementos de práctica indicados por el Relator Especial en su cuarto informe demuestra la necesidad de estudiar más detalladamente esa práctica antes de sacar ninguna conclusión. Como ha explicado el Sr. Kolodkin, el precedente de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (Convención de Viena de 1978) pone de manifiesto que la Comisión debe actuar con cautela. Ese precedente, que se examina en la sección D del capítulo II del informe, demuestra que hay varias soluciones válidas en función de la naturaleza del tratado. A ese respecto, habría sido útil que el Relator Especial hubiera explicado en esa sección de su informe el origen de las soluciones contenidas en la Convención de Viena de 1978 analizando a fondo la labor de la Comisión y los trabajos preparatorios de la Convención, a fin de evaluar la magnitud de los problemas que se plantean y determinar si puede ser necesario adoptar normas de geometría variable teniendo en cuenta la naturaleza de los tratados (bilaterales, multilaterales, recíprocos, no recíprocos, normativos o por los que se establece una organización internacional o un tribunal arbitral). Un ejemplo en ese contexto es la aplicación provisional del convenio arbitral en el arbitraje del caso *Iron Rhine* en 2005. Sin embargo, no es esa la dirección que está tomando el Comité de Redacción, pero tal vez ha emprendido la senda equivocada.

7. En tercer lugar, el Relator Especial afirma varias veces en su informe que no hay ninguna práctica sobre diversos aspectos del tema, lo que ha llevado a algunos miembros a tomar nota de la falta de esa práctica. El

orador comparte las preocupaciones expresadas en ese sentido, en particular por el Sr. Kolodkin y el Sr. Murphy, que consideran que es cuestionable afirmar que no hay pruebas de una práctica relativa a las cuestiones que se abordan en el capítulo II del informe sin primero investigar a fondo esas cuestiones. De hecho, parece haber cierta práctica en ese ámbito. El orador se limitará a dos ejemplos.

8. Cuando examina la posibilidad de invocar el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) para poner fin a un tratado o suspender su aplicación provisional, el Relator Especial no menciona ningún tipo de práctica, aunque hay al menos un ejemplo que podría haber citado. En 1977, la Dirección de Asuntos Jurídicos del Departamento de Relaciones Exteriores del Canadá emitió un dictamen en el que concluía que, en caso de que el Acuerdo de Pesca Recíproco de 1977 entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos⁴⁴³ —el acuerdo provisional— se aplicara a título provisional y los Estados Unidos incumplieran gravemente dicho Acuerdo, el Canadá estaría facultado para invocar el incumplimiento a fin de dar por terminado el tratado o suspender su aplicación de conformidad con el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. En 1984, la Corte Internacional de Justicia dictaminó en su fallo en la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* que la aplicación provisional del Acuerdo se derivaba de la aquiescencia tácita de las partes y que había quedado suspendida. Ese ejemplo muestra que hay al menos una causa relativa a la suspensión de la aplicación provisional de un acuerdo en la que se ha invocado el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969.

9. El segundo conjunto de ejemplos se refiere a las reservas a los tratados. Sorprende al orador leer, en el párrafo 26 del informe, que la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados⁴⁴⁴ elaborada por la Comisión no menciona la posibilidad de formular reservas en el contexto de la aplicación provisional de un tratado y, en el párrafo 34 del informe, que no hay pruebas de ningún tipo de práctica a ese respecto. De hecho, en el comentario a la directriz 2.2.2 se prevé expresamente dicha posibilidad, de lo cual cabe deducir que esas reservas tienen por objeto producir efectos jurídicos sobre la aplicación provisional del tratado, a pesar de que persisten algunas dudas sobre esa cuestión porque, en 1951, en su opinión consultiva relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, citada en el comentario a la directriz 2.6.11, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

En espera de la ratificación, la situación jurídica provisional creada por la firma confiere a los signatarios el derecho de formular como medida precautoria objeciones que tienen ellas mismas un carácter provisional. Tales objeciones desaparecerían si la ratificación no siguiera a la firma, o llegarían a ser definitivas con la ratificación.

⁴⁴³ Acuerdo firmado en Washington D.C. el 24 de febrero de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1077, núm. 16469, pág. 55.

⁴⁴⁴ Véase el texto de las directrices que componen la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte) y Corr.1, págs. 25 y ss. Véase también la resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, anexo.

Por consiguiente, mientras no se produzca esa ratificación, la objeción de un Estado signatario no puede tener un efecto jurídico inmediato respecto del Estado autor de la reserva. Simplemente expresa y proclama la actitud que tendrá el Estado signatario cuando pase a ser parte en la Convención. (Páginas 28 y 29 de la opinión consultiva.)

10. Contrariamente a lo que indica el Relator Especial en el párrafo 27 de su informe, sí hay práctica en la fase de aplicación provisional. Las declaraciones formuladas por los Estados Unidos, Italia, el Japón y la República de Corea en el momento de notificar su aplicación provisional del Convenio sobre el Comercio del Trigo de 1986 pueden considerarse verdaderas reservas que tratan de excluir ciertos efectos del tratado. Otro ejemplo interesante es el del Convenio Internacional del Café de 1962, respecto del cual los Estados Unidos presentaron una notificación de aplicación provisional acompañada de una reserva que no parece haber suscitado ninguna objeción. Si bien, naturalmente, no hay que precipitarse sacando ninguna conclusión, este ejemplo podría indicar que, aun cuando un tratado prohíba las reservas, esa prohibición no impediría la formulación de reservas a su aplicación provisional. No obstante, es esencial investigar esta cuestión más a fondo a fin de determinar qué normas de derecho internacional se aplicarían en este tipo de situación. Asimismo, parece que la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas formuló una reserva, a la que se opuso el Reino Unido, a la aplicación provisional del Convenio Internacional del Caucho Natural de 1979. Lo mismo ocurrió con el Convenio Internacional del Cacao de 1980. Del mismo modo, Alemania y Francia parecen haber formulado reservas a la aplicación provisional del Convenio Internacional del Café de 1986. En otro ejemplo, la Comunidad Europea formuló una declaración al notificar su aplicación provisional del Convenio Internacional de las Maderas Tropicales de 1994 que parece una declaración interpretativa pero que, de hecho, puede considerarse una reserva. Lo mismo cabe decir de las declaraciones formuladas por Nueva Zelandia y Suiza en el momento de ratificar el Tratado sobre el Comercio de Armas de 2013 y aceptar su aplicación provisional.

11. En resumen, parece existir una práctica en los ámbitos estudiados por el Relator Especial y, para lograr avances, es vital reunir esa práctica y presentarla de manera sistemática. Por ejemplo, en el pasado la Secretaría hacía un estudio de la práctica pertinente antes de que la Comisión iniciara la codificación de un tema. Por supuesto, no corresponde a la Comisión codificar toda la práctica convencional con respecto a la aplicación provisional de los tratados, sino identificar las normas residuales que entran en juego cuando un tratado o acuerdo que permite la aplicación provisional guarda silencio sobre una cuestión determinada. Por esa razón, tal vez convendría aprobar una conclusión general que diga que: «Los presentes proyectos de conclusión se aplicarán a menos que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa». Con la inclusión de una cláusula general de ese tipo se evitaría tener que repetir esa aclaración en cada uno de los proyectos de conclusión.

12. La descripción de la práctica de las Naciones Unidas como depositarias de tratados ha sido muy útil. No obstante, el orador no comparte la opinión del Relator Especial de que esa práctica demuestra que un tratado puede ser aplicado provisionalmente por solo una parte.

El orador considera que en los pasajes del *Manual de Tratados*⁴⁴⁵ citados en los párrafos 137 y 141 del informe se indica que un Estado puede formular una declaración unilateral de aplicación provisional si el tratado en cuestión prevé esa posibilidad. En otras palabras, se trata de una práctica en relación con el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, pero no va más allá.

13. El orador se muestra renuente a remitir el proyecto de directriz 10 al Comité de Redacción, ya que no está seguro de que el Comité disponga de material suficiente sobre la práctica y la jurisprudencia para decidir su contenido. El Relator Especial debería haber estudiado primero las opiniones de expertos presentadas en el caso *Yukos* y la doctrina correspondiente a fin de aclarar las repercusiones del derecho interno en las obligaciones derivadas de la aplicación provisional de un tratado. Parece sorprendente que se opte por las normas menos estrictas sobre la aplicación provisional de los tratados en lugar de por las relativas a su ratificación, y cuesta entender por qué no se puede aplicar el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 *mutatis mutandis* a la decisión de aplicar provisionalmente un tratado.

14. A primera vista, la idea de las cláusulas modelo parece acertada, aunque algo prematura. No obstante, debe procederse con carácter prioritario a un estudio ordenado de la práctica pertinente, tal vez con la asistencia de la secretaría, antes de aprobar ningún proyecto de conclusión sobre el tema.

15. El Sr. KAMTO dice que tal vez sea conveniente que la Comisión aborde la cuestión fundamental de si la mayor parte del régimen jurídico establecido por la Convención de Viena de 1969 es realmente pertinente para los tratados que se aplican provisionalmente. De ser así, las normas dimanantes de la práctica serían entonces normas residuales sobre cuestiones prácticas que los Estados normalmente resuelven entre ellos y que no se abordan necesariamente en la Convención. Muchos de los casos citados no permiten aclarar cuáles son las disposiciones de la Convención que son pertinentes para los tratados que se aplican provisionalmente.

16. El Sr. CANDIOTI dice que la Comisión debe decidir cuáles son sus objetivos, qué resultados desea lograr, qué orientación desea dar al tema y si quiere un proyecto de conclusiones o de directrices. Las directrices indican el camino a seguir, mientras que las conclusiones son más bien académicas y pueden expresar recomendaciones, normas o esperanzas.

17. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que desea agradecer al Relator Especial su interesante cuarto informe, que constituye una excelente base para los debates de la Comisión sobre el tema en el actual período de sesiones. En particular, elogia los esfuerzos del Relator Especial por obtener información sobre la práctica de las organizaciones internacionales y regionales en relación con la aplicación provisional a través de sus contactos directos. No obstante, se ve en la obligación de comentar el carácter selectivo del estudio que se presenta en el capítulo III de su cuarto informe y el limitado

⁴⁴⁵ *Manual de Tratados* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.02.V.2).

número de organizaciones que se mencionan. Es incomprendible que se haya excluido a organizaciones como la Unión Africana. Un análisis de la práctica de un mayor número de organizaciones permitiría tener un panorama más amplio y representativo del tema y podría aportar nuevos elementos.

18. Llama igualmente la atención el diferente tratamiento que el Relator Especial ha dado a la práctica de cada una de las organizaciones analizadas, que se concreta en tres cuestiones muy distintas: las funciones de depositaria y de registro de una organización con respecto a los tratados que contienen cláusulas de aplicación provisional o que se aplican provisionalmente; los casos en que se han incluido cláusulas de aplicación provisional en tratados elaborados en el marco de una organización internacional o bajo sus auspicios; y el uso de la aplicación provisional por organizaciones internacionales en el ejercicio de su propia competencia para celebrar tratados. Aunque los tres niveles del análisis revisten interés, los enfoques citados no son comparables entre sí y, por tanto, no es posible extraer conclusiones generales sobre el lugar que la aplicación provisional ocupa en la práctica convencional de las organizaciones internacionales. No obstante, teniendo en cuenta la importancia que la aplicación provisional tiene en el marco de las organizaciones internacionales, sería sumamente útil que el Relator Especial completase su estudio en un próximo informe, en especial respecto de la tercera de las dimensiones ante mencionadas. Ello permitiría a la Comisión examinar la posibilidad de incluir una directriz específica al respecto, lo que sin duda redundaría en beneficio del resultado final de su labor.

19. Dicho esto, el estudio de la práctica de las Naciones Unidas es de particular interés, ya que contribuye a aclarar conceptos generales de importancia para el tema que la Comisión podría tener en cuenta para la aprobación de directrices. No obstante, la oradora no es partidaria de que la Comisión formule la recomendación mencionada en el párrafo 149 del informe sobre la revisión del reglamento de registro. Esa recomendación excede el alcance del tema y, en todo caso, requeriría un análisis más exhaustivo de la práctica.

20. Por lo que se refiere a la relación de la aplicación provisional con otras instituciones del derecho de los tratados reguladas en la Convención de Viena de 1969, el Relator Especial ofrece un análisis referido en especial a las reservas, la nulidad, la terminación o suspensión prevista en el artículo 60 de la Convención y los supuestos especiales a que se hace referencia en el artículo 73 de esta. En general, la oradora comparte su enfoque del problema de las reservas. Si la declaración de aplicación provisional tiene como consecuencia que el tratado va a producir efectos equiparables a los de la entrada en vigor, parece razonable que el Estado no resulte más obligado por la aplicación provisional de lo que podría resultar tras la entrada en vigor del tratado. Por tanto, no hay razones lógicas ni sistémicas para que el Estado no pueda formular una reserva al tratado, si el mismo lo permite, en conexión con la aplicación provisional. Cuestión distinta es la forma en que dicha reserva se pueda expresar y la naturaleza y efectos que se atribuyan a la misma. ¿Equivale a una reserva puesta en la firma,

aunque con efectos diferentes? ¿Deberá confirmarse en el momento de la prestación del consentimiento? ¿Qué sucederá con los efectos derivados de la aplicación provisional con reserva si en el momento de la prestación del consentimiento la reserva no se confirma? ¿Pueden entenderse como una forma especial de reserva las limitaciones introducidas unilateralmente por un Estado al aceptar la aplicación provisional del tratado? Todas estas cuestiones revisten un notable interés práctico y quizás sería útil indagar la práctica en futuros trabajos.

21. El apartado del informe dedicado a la nulidad de los tratados se centra exclusivamente en la compatibilidad de la aplicación provisional con el derecho interno, en especial desde la perspectiva de las normas de derecho interno que definen la competencia y el procedimiento para acordar la aplicación provisional. Se trata de un tema que, en parte, ya fue objeto de debate el año anterior. El Relator Especial lo aborda en esta ocasión a partir del ejemplo de los casos *Yukos* y *Kardassopoulos* que, sin duda, merecen un análisis detallado por la cantidad de cuestiones que han suscitado en la práctica. Sin embargo, esos casos contemplan el tema de la validez de la aplicación provisional desde una perspectiva muy específica, que se construye sobre la base de dos elementos concurrentes: el Tratado sobre la Carta de la Energía prevé su aplicación provisional de forma automática, y dicha aplicación provisional solo puede ser excluida en el caso de que la misma esté en contradicción con la constitución, las leyes o los reglamentos de uno de los Estados signatarios, que así se lo haga saber al resto de los signatarios mediante una notificación prevista en el mismo artículo 45 del Tratado. Aunque este supuesto no es el más común en la práctica, no se puede excluir que pueda ser utilizado como modelo en otros instrumentos y, por tanto, merece la pena analizarlo.

22. No obstante, este ejemplo de la práctica no es suficiente por sí mismo para analizar los distintos supuestos que se pueden producir en la práctica por lo que se refiere a la compatibilidad de la aplicación provisional de un tratado con las normas de derecho interno referidas a la decisión misma de acordar la aplicación provisional. En este sentido, la oradora no considera que la decisión referida a la aplicación provisional pueda estar sometida a las reglas de validez de la prestación del consentimiento que se contienen en la Convención de Viena de 1969, ya que ello privaría de sentido a la propia aplicación provisional que —en un buen número de ocasiones— se acuerda a la espera de que las exigencias constitucionales referidas a la prestación del consentimiento del Estado se puedan cumplir. Ello no puede interpretarse, sin embargo, como una aceptación de que cualquier declaración de aplicación provisional es, en sí misma, conforme con las normas nacionales relativas a la celebración de los tratados. Por el contrario, sería posible que la aplicación provisional se acordara al margen de las normas internas que rigen su utilización y, por tanto, fuera inválida desde la perspectiva del derecho interno. No obstante, dicha invalidez deberá resolverse a través de los procedimientos previstos en el sistema jurídico nacional y sobre la base exclusiva de su incompatibilidad de las normas de derecho interno. Ello no impide, sin embargo, que dicha incompatibilidad entre la aplicación provisional y el derecho interno carezca de relevancia internacional, pero esta eficacia externa no necesariamente se tiene que producir en todos los casos.

Por el contrario, solo si se produce una contradicción entre la decisión de aplicar provisionalmente un tratado y una norma fundamental del derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados, cabría analizar la invalidez de la declaración de aplicación provisional en clave de derecho internacional. No obstante, dichos supuestos serán, por definición, excepcionalísimos y tendrán que estudiarse caso por caso. Quizás sería útil para los trabajos de la Comisión que en un próximo informe el Relator Especial incorpore más casos de la práctica sobre este tema, si es que existen.

23. Por lo que se refiere al supuesto de terminación del tratado por violación grave, el Relator Especial aplica nuevamente la equivalencia de efectos entre un tratado en vigor o en aplicación provisional para concluir la aplicabilidad de la disposición contenida en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 a los tratados que se encuentran en aplicación provisional. El análisis realizado en el informe es sugerente y la oradora puede compartir la cuestión de principio que está basada en la existencia de una relación jurídica que vincula a las partes en dicho tratado. Sin embargo, la conclusión contenida en el párrafo 87 del informe parece un tanto artificiosa y difícil de producirse en la práctica, en especial porque el Estado que se considere perjudicado por la violación grave de un tratado en aplicación provisional puede liberarse de las obligaciones contenidas en este por el simple expediente de poner en marcha el mecanismo de terminación de la aplicación provisional contenido en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, que presenta la gran ventaja de que no está sometido a ninguna condición sustantiva ni procedimental a excepción del envío de una mera comunicación formal. En términos prácticos, es difícil imaginar que un Estado prefiera emplear un mecanismo mucho más complejo, largo e impredecible, como es alegar la terminación de la aplicación provisional del tratado por aplicación del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, que no opera automáticamente sino que está sometido al procedimiento de declaración de la terminación del tratado previsto en los artículos 65 a 68 de la Convención. Ello, claro está, al margen de que la violación grave del tratado en aplicación provisional pueda generar la responsabilidad internacional del autor del hecho ilícito, tanto si la aplicación provisional del tratado termina como si el mismo continúa produciendo efectos.

24. Una lectura atenta de los párrafos 88 y siguientes del informe pone de manifiesto que el Relator Especial tan solo analiza en ese apartado el supuesto de la aplicación provisional de los tratados en caso de sucesión de Estados, y no en los otros supuestos previstos en el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969. Su análisis se basa en las disposiciones de la Convención de Viena de 1978, y el interesante estudio que figura en el informe refleja muy claramente el carácter especial del régimen aplicable a la aplicación provisional en caso de sucesión, sin duda por las especiales características que reviste dicho fenómeno, en especial en el caso de los Estados de reciente independencia. Sin embargo, el informe no contiene ninguna referencia a la práctica. Sería deseable que un futuro informe analice dicha práctica, si es que existe, ya que ello podría aportar luz a los trabajos de la Comisión sobre el tema.

25. El Relator Especial ha elaborado el proyecto de directriz 10 sobre la base de lo ya dicho en sus informes tercero⁴⁴⁶ y cuarto con respecto a las cuestiones relacionadas con la aplicación provisional, la nulidad y el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. Desde esta perspectiva, la oradora suscribe plenamente el contenido del proyecto de directriz, si bien comparte también con otros miembros de la Comisión la necesidad de completar su redacción a fin de incluir una referencia expresa a los supuestos en que la aplicación provisional del tratado esté condicionada al derecho interno de los Estados, en virtud del propio tratado o en virtud del acuerdo por el que se decide la aplicación provisional. En cualquier caso, la oradora apoya la remisión del proyecto de directriz al Comité de Redacción.

26. Para finalizar, y por lo que se refiere al plan de trabajo futuro, la oradora agradece la propuesta contenida en el párrafo 182 del cuarto informe. Teniendo en cuenta que la composición de la Comisión habrá cambiado cuando el Relator Especial presente su próximo informe, la oradora sugiere la posibilidad de que este incluya un esquema general del tema, que será de utilidad para los nuevos miembros.

El Sr. Nolte (Vicepresidente) ocupa la Presidencia.

27. El Sr. ŠTURMA dice que desea dar las gracias al Relator Especial por su bien documentado cuarto informe sobre un tema de gran importancia desde el punto de vista de la teoría y la práctica del derecho internacional. En general, suscribe el planteamiento fundamental del Relator Especial, a saber, que la aplicación provisional de los tratados produce efectos jurídicos y puede crear ciertos derechos y obligaciones en virtud del derecho internacional. Por lo tanto, conviene estudiar los posibles efectos que otras normas del derecho de los tratados podrían tener, directamente, *mutatis mutandis* o por analogía, en el régimen de la aplicación provisional. No obstante, el informe solo contiene un análisis somero de algunas normas de la Convención de Viena de 1969 y la Comisión debería estudiar el tema más a fondo. A diferencia del Sr. Murphy, el orador no cree que el artículo 25 de esa Convención constituya un régimen autónomo, ya que es demasiado somero para ello. En cambio, está de acuerdo con el Sr. Kamto en que la mayoría de las cuestiones siguen estando reguladas por las demás normas de la Convención, salvo quizás el artículo 25, párrafo 2, sobre la terminación de la aplicación provisional.

28. En lo que respecta a las reservas, el orador comparte la opinión de que se deben entender como reservas a ciertas disposiciones del propio tratado, y no como reservas a cualquier acuerdo de aplicación provisional. Si bien las reservas, con independencia de la forma en que se hayan formulado, no son frecuentes en la práctica, en principio son posibles. No tiene sentido que un Estado tenga más obligaciones en virtud de la aplicación provisional de un tratado que las que tendría cuando el tratado entre en vigor. No obstante, hay otra cuestión: las declaraciones por las que un Estado puede excluir o limitar la aplicación provisional de un tratado. Esos actos no son reservas en el sentido de la Convención de Viena de

⁴⁴⁶ *Anuario...* 2015, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/687.

1969, ya que se refieren solamente a un acuerdo de aplicación provisional. Solo tienen sentido en el caso de ciertos tratados multilaterales cuya aplicación provisional no se base en un acuerdo separado, sino en una disposición del propio tratado. No se trata de reservas, sino de una interpretación del alcance de cualquier acuerdo de aplicación provisional.

29. La nulidad de los tratados plantea un problema fundamental que se refleja en el proyecto de directriz 10. No obstante, la combinación de la irrelevancia del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado aplicado provisionalmente y la nulidad basada en el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 es algo problemática y se presta a confusión, como han señalado varios miembros de la Comisión. Según la interpretación del orador, la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno puede adoptar dos o tres formas diferentes.

30. En primer lugar, las disposiciones del derecho interno solo pueden regular el procedimiento o las condiciones para que un Estado manifieste su consentimiento en aplicar provisionalmente un tratado, como ocurre cuando un Estado expresa su consentimiento a la aplicación provisional contraviniendo o eludiendo sus procedimientos constitucionales. En tal caso, solo se aplicaría el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. Los criterios del artículo 46 son estrictos: el consentimiento a la aplicación provisional es nulo únicamente si la vulneración del derecho interno es manifiesta y afecta a una norma de importancia fundamental. Si el consentimiento es nulo, el tratado no se aplicará provisionalmente ni dará lugar a derechos ni obligaciones jurídicas.

31. La segunda hipótesis se refiere al caso en que las disposiciones pertinentes de un tratado hacen referencia no solo al procedimiento, sino también a las leyes y reglamentos nacionales, o sea, al derecho sustantivo. Un ejemplo es el artículo 60, párrafo 2, del Convenio Internacional del Caucho Natural de 1994, en que se afirma que «todo gobierno podrá indicar en su notificación de aplicación provisional que solo aplicará el presente Convenio dentro de las limitaciones que le impongan sus procedimientos constitucionales y/o legislativos y sus leyes y reglamentos internos». Para que esa afirmación tenga pleno sentido, se debe presumir que un Estado puede invocar no solo sus procedimientos constitucionales relativos al consentimiento a la aplicación provisional, sino también el contenido de su legislación interna. Así también parece ocurrir con el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía, lo que hace que el amplio análisis del caso *Yukos* carezca de interés para la cuestión del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 y la nulidad de los tratados y acuerdos de aplicación provisional. No obstante, el orador coincide plenamente con el Sr. Nolte y otros en que es una cuestión de interpretación, concretamente del artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía, y del alcance y los límites de la aplicación provisional. Esa hipótesis plantea complejos problemas sobre los efectos jurídicos de esas cláusulas de compatibilidad o limitación en diversos tratados y de las notificaciones que puedan exigirse en determinadas cláusulas. En opinión del orador, el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía dista de ser el único caso: otros tratados

multilaterales contienen cláusulas de ese tipo. Por tanto, es preciso estudiar esta cuestión, pero en una directriz separada que lamentablemente no se ha redactado aún.

32. Por último, cuando no haya ninguna disposición específica en el propio tratado ni en un acuerdo que prevea la aplicación provisional, se aplicarán otras normas de la Convención de Viena de 1969. De conformidad con el artículo 27 de la Convención, un Estado no podrá invocar su derecho interno para justificar la no aplicación provisional de un tratado o parte de un tratado si ha dado un consentimiento válido a dicha aplicación provisional.

33. No es lo mismo dar por terminada la aplicación provisional que dar por terminado un tratado en vigor o suspender su aplicación. Parece que el artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969 prevé un medio de terminación especial más flexible que la parte V, sección tercera, de esa Convención. El procedimiento establecido en el artículo 25, párrafo 2, también está sujeto a una excepción si el tratado en cuestión dispone o los Estados negociadores han convenido otra cosa, lo que ofrece a los Estados un margen de flexibilidad suficiente si desean establecer una fecha, un período de tiempo o un plazo de notificación concretos para la terminación de la aplicación provisional.

34. En cuanto al artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, en el informe se examina si una infracción grave de un tratado aplicado provisionalmente puede dar lugar a la suspensión o terminación de un acuerdo de aplicación provisional por el Estado afectado. A diferencia de otras normas de la Convención relativas a la terminación o suspensión de los tratados, el principio *inadimplenti non est adimplendum* también se podría aplicar a la terminación de la aplicación provisional en razón de la distinta forma en que funcionan los artículos 25, párrafo 2, y 60. La terminación prevista en el artículo 25, párrafo 2, pone fin a cualquier efecto del tratado respecto del Estado que hace la notificación y los Estados notificados, mientras que, con arreglo al artículo 60, párrafo 2 *b*, una parte especialmente perjudicada por la infracción puede alegarla como causa para suspender la aplicación provisional del tratado únicamente en las relaciones entre ella y el Estado infractor. Al permitir que el tratado siga aplicándose provisionalmente entre el Estado afectado y los demás Estados que lo hayan aplicado fielmente, este planteamiento puede tener ciertas ventajas.

35. Las cuestiones que se abordan en la sección D del capítulo II del informe son interesantes, en particular en lo que respecta a la aplicación provisional de los tratados en caso de sucesión de Estados, pero requieren un análisis más detallado y deben quedar reflejadas en futuras directrices. En ese contexto, el orador está de acuerdo con el Sr. Petrič en que podría ser útil distinguir entre tratados bilaterales y multilaterales.

36. El informe contiene información interesante sobre la práctica de las organizaciones internacionales en relación con la aplicación provisional de los tratados, pero el orador no alcanza a ver la relación entre dicho análisis y el contenido del proyecto de directriz 10. Además, el amplio examen del *Manual de Tratados*, que lleva a la conclusión, en el párrafo 138 del informe, de que es

posible que terceros Estados decidan aplicar unilateralmente el tratado de forma provisional, puede crear más confusión acerca de la función de los actos unilaterales en relación con la aplicación provisional de los tratados. El texto parece desdibujar la distinción entre los actos unilaterales independientes y los actos relacionados con un tratado. El *Manual de Tratados* habla del compromiso unilateral de un Estado de aplicar provisionalmente un tratado de conformidad con las disposiciones de dicho tratado, lo que significa que el fundamento jurídico de los derechos y obligaciones recíprocos que corresponden a los Estados en virtud de la aplicación provisional es el propio tratado o un acuerdo para su aplicación provisional, no un acto unilateral.

37. En conclusión, el orador recomienda que el proyecto de directriz 10 se remita al Comité de Redacción, donde sería conveniente modificarlo considerablemente.

38. El Sr. HMOUD dice que desea dar las gracias al Relator Especial por su informe, que contiene amplia información de antecedentes, análisis y conclusiones que ayudarán a la Comisión en su labor sobre el tema. Los debates de la Comisión durante el período de sesiones en curso demuestran que el informe está contribuyendo a mejorar la comprensión de los diversos aspectos de la aplicación provisional de los tratados, en particular su relación con la Convención de Viena de 1969.

39. Es importante determinar la orientación del proyecto y decidir hasta qué punto pueden abordarse cuestiones no abarcadas por el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, teniendo en cuenta la divergencia de la práctica convencional y la relativa flexibilidad de ese artículo con respecto a la aplicación provisional. Los informes elaborados por el Relator Especial hasta ahora indican que la jurisprudencia nacional e internacional pertinente es limitada. No obstante, la abundante práctica convencional existente puede arrojar luz sobre la intención de los Estados con respecto a la aplicación provisional al celebrar tratados. Como se establece en los proyectos de directriz aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, se proporcionará orientación sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados tomando como base el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y otras normas de derecho internacional. Dado que esas otras normas pueden derivarse de la práctica convencional, el Relator Especial no debe supeditar tanto el examen del tema al establecimiento de derivaciones y analogías respecto de las normas de la Convención de Viena de 1969. Ello no quiere decir que la Comisión no deba ahondar en la relación con otras normas de la Convención. Por el contrario, debe examinar esa relación, pero sobre la base de un análisis de los diversos tratados pertinentes y una interpretación de sus disposiciones relativas a la aplicación provisional. Ese enfoque permitiría al Relator Especial y a la Comisión alcanzar conclusiones fundamentadas sobre cuestiones como los efectos jurídicos de la aplicación provisional, las reservas en el contexto de la aplicación provisional, la nulidad del consentimiento y la terminación y suspensión de los tratados. Las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 pueden aplicarse a la interpretación de normas convencionales pertinentes y a la práctica de los Estados y otros actores

en la aplicación de los tratados y sus disposiciones sobre aplicación provisional. El proyecto de directrices se basaría en esa interpretación y en un análisis de la práctica pertinente, en lugar de en una mera comparación deductiva con otras normas de la Convención aplicables a una relación plenamente convencional.

40. No obstante, el orador advierte contra la inclusión de cláusulas modelo en el proyecto y se hace eco de las observaciones del Sr. McRae a ese respecto. Esas cláusulas tendrían que ir acompañadas de comentarios en que se explique la interpretación que la Comisión hace de ellas, que podría no coincidir con la de los Estados. Las partes contratantes de un tratado recurren a una amplia variedad de cláusulas para reflejar su intención en cuanto a su aplicación provisional, y sería difícil y contraproducente apoyar algunas interpretaciones de los diversos términos empleados en esas cláusulas. Como indica la práctica convencional, las partes contratantes utilizan diversos términos para contemplar una aplicación provisional, lo que refleja la flexibilidad de ese régimen. Cabe citar el ejemplo del Convenio Internacional del Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa de 2015, que se menciona en el párrafo 131 del informe. En el párrafo 132, el Relator Especial señala que las disposiciones del Convenio añaden más confusión a una situación de por sí anárquica y que las expresiones «aplicación provisional», «entrada en vigor provisional» y «entrada en vigor definitiva» coexisten en el mismo artículo como si se tratase de expresiones equivalentes. Esto demuestra la necesidad de estudiar este ejemplo, además de otros ejemplos de aplicación provisional contenidos en diversos tratados, a fin de determinar el sentido de esos términos y sacar las conclusiones oportunas.

41. En los debates de la Sexta Comisión se ha puesto de relieve la necesidad de que la Comisión realice un estudio comparado de los efectos jurídicos de la aplicación provisional y de la entrada en vigor. Si bien se supone que la aplicación provisional de un tratado por un Estado puede producir efectos jurídicos vinculantes, no se puede decir que esos efectos sean los mismos que los del cumplimiento por un Estado parte de las obligaciones que le incumben en virtud de un tratado. La Comisión debe estudiar esa cuestión, así como la cuestión de la responsabilidad que surge de la no aplicación de las disposiciones de un tratado por un Estado que ha convenido en aplicar provisionalmente el tratado. A este respecto, el orador señala la definición de la aplicación provisional que figura en el *Manual de Tratados*, en la que se distingue entre los tratados que han entrado en vigor y los que no lo han hecho. No obstante, en ambos casos la aplicación provisional se describe como un compromiso o acto unilateral destinado a hacer efectivas las obligaciones del tratado. El orador desea formular dos observaciones a ese respecto. En primer lugar, la Comisión ha de estudiar la diferencia entre los posibles efectos jurídicos de la aplicación provisional de un tratado antes y después de su entrada en vigor. En segundo lugar, no puede decirse que un acto unilateral de aplicación provisional tenga los mismos efectos jurídicos que el cumplimiento por un Estado parte de sus obligaciones convencionales. Además, el alcance de los efectos jurídicos de ese acto unilateral de un Estado variará en función de si otros Estados dependen o no de ese acto o se ven afectados por él.

42. Otra cuestión planteada en los debates de la Sexta Comisión es la relación entre la aplicación provisional y las reservas, la nulidad y los regímenes de terminación y suspensión. Aunque analiza la cuestión de las reservas, el Relator Especial ha decidido no elaborar un proyecto de directriz al respecto. En el párrafo 36 del informe, llega a la conclusión de que, si un tratado no dice nada sobre la formulación de reservas, nada impediría, como cuestión de principio, que un Estado pudiese efectivamente formular reservas desde el momento en que conviene en la aplicación provisional. No obstante, esa afirmación es contraria al artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, que estipula claramente que un Estado puede formular reservas en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, pero no cuando conviene en aplicar un tratado provisionalmente. Cuando, en el párrafo 37 del informe, el Relator Especial afirma que lo dicho anteriormente depende de si la aplicación provisional de los tratados produce efectos jurídicos y de si el objeto de las reservas es excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones, confunde dos cuestiones distintas. La primera es la relación convencional una vez que el tratado ha entrado en vigor para el Estado que formula una reserva, y la segunda es la formulación de una reserva respecto de la aplicación provisional por ese Estado. Si bien el primer supuesto es incompatible con el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, el segundo sería posible, por ejemplo si, mediante la aplicación provisional, un Estado trata de eludir determinados efectos jurídicos en sus relaciones con otros Estados. La Comisión podría elaborar un proyecto de directriz sobre la segunda cuestión, pero tendría que examinar si «reserva» es el término más adecuado para este tipo de acto. En cualquier caso, no se puede decir que el régimen de reservas previsto en la Convención se aplique *mutatis mutandis* a la aplicación provisional.

43. Una cuestión conexas que no se examina en el informe es la de las declaraciones de los Estados relativas a la aplicación provisional. Las declaraciones interpretativas no se abordan en la Convención de Viena de 1969, pero sí se contemplan en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión en 2011. Se podría estudiar la posibilidad de que los Estados que apliquen un tratado provisionalmente realicen declaraciones interpretativas. También podrían examinarse en futuros informes las declaraciones de los Estados que no desean aplicar provisionalmente un tratado cuando el tratado prevé esa posibilidad, como el Tratado sobre la Carta de la Energía, o no se pronuncia al respecto. Es importante examinar la práctica y la jurisprudencia relativas a los tratados que no prevén esa posibilidad y los efectos de las declaraciones de los Estados que no desean aplicar un tratado provisionalmente. También sería importante estudiar los efectos de las declaraciones de los Estados que convienen en aplicar provisionalmente un tratado a condición de que dicha aplicación se ajuste a sus leyes internas. Este tipo de declaraciones no se abordan en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 ni en el proyecto de directriz 10 propuesto por el Relator Especial, por lo que vale la pena estudiar la práctica convencional a ese respecto. Las declaraciones o reservas formuladas cuando los Estados expresan su consentimiento en obligarse por un tratado que supedita el cumplimiento de las obligaciones

que impone a su derecho interno se consideran nulas de pleno derecho. Naturalmente, las normas de la Convención de Viena y el derecho internacional consuetudinario excluyen ese condicionamiento de la plena aplicación de un tratado en vigor por un Estado parte. No obstante, podría no ser apropiado llegar a una conclusión similar con respecto a los efectos de esas declaraciones sobre la aplicación provisional, puesto que hay tratados y leyes internas que condicionan la aplicación provisional a su conformidad con el derecho interno. En opinión del orador, la Comisión debería estudiar esas declaraciones en el contexto de la aplicación provisional.

44. En el informe, el Relator Especial examina la nulidad del consentimiento en relación con la aplicación provisional, en lugar de la invalidez del propio tratado, y la pertinencia del derecho interno de los Estados para la aplicación provisional. Lo importante es si los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969 pueden aplicarse al régimen de aplicación provisional, y en qué medida. En ese sentido, el orador se inclina a estar de acuerdo con el análisis de los oradores anteriores, en particular sus observaciones sobre los casos *Yukos* y *Kardassopoulos*. Es preciso abordar varias cuestiones en el contexto del análisis que figura en el informe. La primera es el tratamiento de las disposiciones expresas de un tratado que supeditan su aplicación provisional al derecho interno de un Estado. Esa es la cuestión que se plantea en los casos *Yukos* y *Kardassopoulos*, que no guardan relación alguna con los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969, relativos a la invocación del derecho interno en ausencia de disposiciones convencionales expresas, ya sea para justificar el incumplimiento de obligaciones convencionales, como en el caso del artículo 27, o para anular el consentimiento en obligarse por un tratado, como en el artículo 46. Por consiguiente, se debería regular ese supuesto en el proyecto de directriz 10 o en un proyecto de directriz específico, a la luz de los casos *Yukos* y *Kardassopoulos* y de la práctica convencional existente sobre la compatibilidad con la legislación interna.

45. La segunda cuestión es la aplicabilidad del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, *mutatis mutandis*, al régimen de la aplicación provisional. El artículo hace referencia a la parte en un tratado que invoca su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. El proyecto de directriz 10 aplica el mismo principio por analogía y establece que un Estado que haya consentido en contraer obligaciones mediante la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de tales obligaciones. Si bien esa afirmación es plausible, no está fundamentada en el informe ni respaldada por ninguna prueba de la práctica convencional. Como se ha mencionado anteriormente, hay tratados, como el Tratado sobre la Carta de la Energía, que subordinaban expresamente la aplicación provisional a la compatibilidad con las leyes internas de los Estados. No obstante, un tratado no contendría una disposición comparable que supeditara su plena aplicación a las leyes internas de los Estados. De ser así, se podrían cuestionar sus efectos jurídicos y su naturaleza misma como tratado o relación contractual entre Estados. Además, el hecho de que la aplicación provisional sea un compromiso unilateral al que un Estado puede poner fin

en cualquier momento, a menos que el tratado disponga otra cosa, corrobora la necesidad de distinguir entre el tratamiento del derecho interno en el marco del régimen de la aplicación provisional, por una parte, y con arreglo al artículo 27, por otra. Una posible razón para recurrir a la aplicación provisional es que el Estado tenga la intención de aplicar el tratado cuando se hayan cumplido los requisitos que establece su legislación interna para la entrada en vigor, incluida la exigencia de que las obligaciones del tratado sean compatibles con dicha legislación. Si se afirma que la aplicación provisional de las obligaciones convencionales pertinentes por ese Estado implica la compatibilidad de esas obligaciones con su derecho interno, prohibiendo así al Estado invocar ese derecho, se privaría de sentido al proceso del consentimiento en obligarse por un tratado. Además, el *Manual de Tratados* establece que, como la aplicación provisional es un acto unilateral del Estado supeditado a su derecho interno, este puede darla por terminada en cualquier momento. En resumen, el orador considera que debe darse un trato diferenciado a la pertinencia del derecho interno para el régimen de la aplicación provisional y que ha de tenerse en cuenta si la aplicación provisional produce o no efectos jurídicos sobre terceros Estados. El derecho interno tiene más pertinencia para la manifestación del consentimiento a la aplicación provisional que para la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado, por lo que no se justifica la aplicación, *mutatis mutandis*, del artículo 46 por analogía.

46. El orador considera útil el análisis del Relator Especial de la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación, pero observa que no se propone ningún proyecto de directriz sobre la pertinencia del incumplimiento de una obligación convencional como consecuencia de la aplicación provisional. No obstante, desea formular tres observaciones. En primer lugar, no se puede hablar de violación o violación grave de una obligación convencional en el contexto de la aplicación provisional, sino de incumplimiento de una obligación convencional. En segundo lugar, los efectos de una violación grave en el sentido del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 en lo que respecta a la terminación de un tratado no son aplicables al incumplimiento grave de la obligación de aplicar un tratado provisionalmente. Después de todo, bajo el régimen de la aplicación provisional no existe ninguna relación convencional contractual. No obstante, si un Estado pasa a ser parte en un tratado y sigue aplicándolo provisionalmente, se aplica el artículo 60. En tercer lugar, convendría examinar los efectos del incumplimiento grave por un Estado de la obligación de aplicar provisionalmente un tratado y distinguir entre los tratados que hayan entrado en vigor y los que no. El orador espera que la Comisión pueda proporcionar orientación a ese respecto.

47. El Sr. LARABA dice que desea agradecer al Relator Especial su conciso informe, de gran calidad. También expresa su agradecimiento al Relator Especial por la atención que dedica a los debates de la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión. Esa manera de actuar explica el pragmatismo que caracteriza el informe, pragmatismo que, no obstante, tal vez es demasiado acentuado y plantea algunos problemas. El orador se referirá a esos problemas al comentar la labor futura sobre el tema.

48. El orador desea hacer dos observaciones preliminares de carácter general. En primer lugar, cabe señalar que las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión se reflejan ampliamente en el informe, hasta el punto de que constituyen la base del capítulo II. En segundo lugar, el Relator Especial propone únicamente un nuevo proyecto de directriz, aunque el examen de la cuestión de las reservas también podría, y quizás debería, haber dado lugar a la formulación de una propuesta concreta.

49. El análisis que hace el Relator Especial de las reservas en relación con la aplicación provisional, que figura en los párrafos 22 a 39 del informe, puede dividirse en tres partes. En la primera, se refiere al artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 sin explicar por qué se limita a ese artículo. En la segunda, plantea la cuestión de si, dada la falta de referencias a la cuestión en la Convención o la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, la formulación de reservas es compatible con el régimen que regula la aplicación provisional de un tratado. En la tercera, plantea dos preguntas en el párrafo 35, a las que responde afirmativamente en el párrafo 36, señalando que nada impediría, como cuestión de principio, que un Estado pudiese efectivamente formular reservas desde el momento de convenir la aplicación provisional de un tratado. Hay que esperar al párrafo 38 para encontrar una breve referencia implícita del Relator Especial a los demás artículos de la Convención de Viena sobre las reservas, cuando menciona la posibilidad de objetar a una reserva formulada bajo el régimen de la aplicación provisional. Teniendo en cuenta el análisis de la cuestión contenido en esos párrafos, se debería haber elaborado un proyecto de directriz sobre la cuestión de las reservas.

50. Con respecto a los párrafos 40 a 68 del informe, que se refieren a la nulidad de los tratados, el Relator Especial comienza enumerando los artículos pertinentes de la Convención de Viena de 1969 y recordando que, en la Sexta Comisión, varias delegaciones expresaron interés en la posible relación entre la aplicación provisional y el régimen de la nulidad de los tratados, concretamente el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. De hecho, incluso si los Estados no han manifestado tal interés, sería esencial examinar esa relación, que ya abordó el Sr. Gaja en la sinopsis del tema realizada en 2011⁴⁴⁷.

51. Si bien suscribe la mayoría de las observaciones formuladas por otros miembros de la Comisión con respecto al planteamiento del tema por parte del Relator Especial, el orador desea hacer algunas breves observaciones. En primer lugar, el Relator Especial hace hincapié en que el derecho interno de muchos Estados no prohíbe la aplicación provisional; no obstante, el hecho de que una constitución no prohíba la aplicación provisional, o guarde silencio al respecto, no significa que la permita. Una cuestión tan compleja como la de las leyes internas de importancia fundamental, por retomar la formulación del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, que no prohíben la aplicación provisional o guardan silencio al respecto, requiere un estudio más detallado que el contenido en el informe. En segundo lugar, hay un importante, por no decir notable, contraste entre,

⁴⁴⁷ *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo III.

por una parte, las reiteradas solicitudes de los Estados de que se estudie y tenga en cuenta el derecho interno y, por otra, la opinión expresada por el Relator Especial en el párrafo 18 de su segundo informe sobre el tema⁴⁴⁸, en que señaló que el análisis del derecho interno no era pertinente para el estudio de la aplicación provisional de los tratados y que dicha tarea llevaría más tiempo del que se disponía. Se trata, por el momento, de la única cuestión planteada por los Estados a la que el Relator Especial no ha respondido favorablemente. En tercer lugar, resulta algo paradójico que, en sus cuatro informes sobre el tema, en particular sus informes tercero y cuarto, el Relator Especial dedique considerable atención a las leyes internas de los Estados, sin duda porque ocupan un lugar central en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969 y, por extensión, del tema. En el párrafo 9 de su tercer informe, el Relator Especial señaló que la cuestión de saber si se había de proceder a realizar una investigación del derecho constitucional comparado no había quedado del todo zanjada en los debates de la Sexta Comisión, pero no hizo ninguna otra observación o propuesta a ese respecto. En consecuencia, sigue pendiente el examen de los aspectos del tema relativos al derecho interno. A la luz de sus observaciones y las de otros miembros de la Comisión, el orador apoya la remisión del proyecto de directriz 10 al Comité de Redacción.

52. El contenido de los párrafos 69 a 87 del informe, dedicados al artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, es a veces superfluo y otras repetitivo, ya que contiene información que ya figuraba en el segundo informe sobre el tema. La falta de referencias a la práctica pertinente ha hecho que el análisis del artículo 60 sea bastante sucinto.

53. En cuanto al capítulo III del informe, relativo a la práctica de las organizaciones internacionales en relación con la aplicación provisional de los tratados, el orador desea formular dos observaciones preliminares. En primer lugar, las seis organizaciones que se estudian en el capítulo reciben una atención muy diferente y desigual. Las Naciones Unidas, por ejemplo, se examinan en mucha mayor profundidad que las otras cinco organizaciones. En segundo lugar, y lo que es más importante, el título del capítulo en la versión en francés del informe indica el enfoque adoptado por el Relator Especial: el adjetivo «*accumulé*», en particular, pone de manifiesto que el Relator Especial ha optado por un enfoque cuantitativo que dista de ser el más adecuado. Habría sido más interesante que el capítulo contuviera un profundo estudio comparado de las disposiciones sobre la aplicación provisional de los tratados en la práctica de las organizaciones internacionales con miras a extraer conclusiones pertinentes para el tema.

54. En cuanto a la práctica de las Naciones Unidas, el Relator Especial describe con gran detalle las funciones de registro de la Organización y las funciones de depositario del Secretario General. Aunque el debate reviste gran interés a ese respecto, sin embargo no está estrechamente relacionado con la aplicación provisional de los tratados.

55. En lo que respecta a la Unión Europea, el Relator Especial destaca la importancia de su práctica constante de aplicación provisional de los tratados, pero también parece sugerir que la Unión adopta una amplia interpretación del artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969 al abarcar situaciones distintas de las que prevé expresamente dicho artículo. Se podría cuestionar la ejemplaridad de la práctica de la Unión Europea debido a la incertidumbre resultante de las necesarias diferencias entre los procedimientos de ratificación de sus Estados miembros, como se menciona en el párrafo 159 del informe.

56. Según la información recabada por el Relator Especial, de un total de 59 tratados concertados bajo los auspicios de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, 48 contemplan su aplicación provisional, por lo general con la expresión «entrará en vigor provisionalmente», en lugar de «aplicación provisional». La conclusión que saca el Relator Especial sobre la base de esa expresión parece demasiado general y tal vez debería haberse estudiado con mayor detalle.

57. En cuanto a los planes de trabajo futuros, sería útil que el Relator Especial aclarara la relación entre las cláusulas modelo que tiene la intención de proponer y el proyecto de directrices. En lo que respecta a la propuesta de abordar la aplicación provisional de los tratados que consagran derechos de las personas, cuestión que se examinó en el segundo informe únicamente en relación con determinadas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sería conveniente realizar un estudio exhaustivo. También se debe seguir estudiando el lugar que debe ocupar en el examen del tema el derecho interno de los Estados, cuestión que ha sido planteada por varios miembros de la Comisión.

58. En general, convendría volver a analizar algunas de las ideas planteadas inicialmente en la sinopsis de 2011 y en el primer informe del Relator Especial⁴⁴⁹. En la sinopsis, el Sr. Gaja se centró al principio en el significado de la aplicación provisional, puesto que la Convención de Viena de 1969 no contiene ninguna definición de esta. Consideró que un análisis de la práctica de los Estados y la jurisprudencia debía permitir a la Comisión establecer una presunción sobre el significado de la aplicación provisional de un tratado. En particular, se refirió a las «condiciones previas» de la aplicación provisional y a la cuestión de la pertinencia del derecho interno. En su primer informe, el Relator Especial afirmó que el análisis del concepto de la aplicación provisional de los tratados debía comenzar con la distinción entre «aplicación provisional» y «entrada en vigor provisional». En los párrafos 22 y 53 de ese primer informe estableció una hoja de ruta que ahora parece haber sido olvidada y, a veces, hay una sensación de cierta incertidumbre sobre la finalidad de los informes, en particular en cuanto a qué disposiciones de la Convención de Viena de 1969 deben constituir la base del estudio.

59. Por lo tanto, al presentar su tercer informe en 2015, el Relator Especial dijo que las disposiciones que se examinaban en él —los artículos 11, 18, 24, 26 y 27 de la

⁴⁴⁸ Anuario... 2014, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675.

⁴⁴⁹ Anuario... 2013, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664.

Convención de Viena de 1969— habían sido elegidos por su estrecha relación con la aplicación provisional. En sus observaciones finales sobre el debate en 2015, indicó su intención de estudiar, en su cuarto informe, los artículos 19, 46 y 60. En el párrafo 6 de ese informe, el Relator Especial señala que, en los debates de la Sexta Comisión, las delegaciones sugirieron que se centrara en cuestiones relacionadas con el régimen de las reservas y el régimen relativo a la suspensión, la nulidad y la terminación de un tratado y, posteriormente, en el párrafo 17, añade la cuestión de la sucesión de Estados a esa lista. Si bien los esfuerzos realizados por el Relator Especial para atender las preocupaciones de los Estados Miembros son dignos de encomio, esas preocupaciones no pueden prede-terminar el informe y se debe tratar de evitar lo que puede parecer una reorientación subrepticia del tema.

60. El Sr. HASSOUNA dice que el objetivo general de la Comisión al abordar el tema ha sido mejorar la comprensión del mecanismo de la aplicación provisional y proporcionar seguridad jurídica a los Estados que optan por recurrir a ese mecanismo. El claro y analítico cuarto informe del Relator Especial, que se basa en los importantes progresos ya alcanzados en ese sentido, arroja luz sobre la relación de la aplicación provisional con las disposiciones de la Convención de Viena de 1969, así como con la práctica de las organizaciones internacionales. Cabe felicitar al Relator Especial por sus constantes esfuerzos por reunir información sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales. No obstante, a pesar del aumento del número de Estados que han proporcionado esa información, es necesario seguir instándolos a que presenten sus observaciones con miras a facilitar la labor de la Comisión y su Relator Especial.

61. El orador está de acuerdo con otros miembros en que, por muy importante que sea responder a las preocupaciones de los Estados Miembros, la Comisión también debe determinar un enfoque, prioridades y propuestas propios. Por otra parte, el orador no comparte la opinión de quienes afirman que gran parte de la información contenida en el informe es irrelevante y de escaso valor para el resultado de la labor sobre el tema; en su opinión, es útil para establecer el contexto de las cuestiones abordadas y mejorar su comprensión. No obstante, el Relator Especial debería haberse basado en la abundante información incluida en el informe y su detallado análisis de esta para redactar propuestas o directrices concretas. Cabe esperar que el Relator Especial considere la posibilidad de hacerlo en futuros informes o durante el examen de sus propuestas en el Comité de Redacción.

62. Con respecto a la relación de la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, en el párrafo 23 del informe se analiza principalmente el artículo 19 de la Convención relativo a la formulación de reservas. No obstante, otras normas pertinentes contenidas en los artículos 20 a 23 de la Convención deberían examinarse en el futuro en el contexto de un análisis más amplio. En referencia a los párrafos 23 y 36 del informe, el orador dice que, si bien está de acuerdo en que, al igual que en el caso de la aplicación provisional, el régimen de las reservas se regiría, en primer lugar, por lo que estipula el tratado y que nada impediría, como cuestión de principio, que un

Estado pudiese efectivamente formular reservas desde el momento de convenir la aplicación provisional de un tratado, habría sido útil que se proporcionaran algunos ejemplos concretos de esas situaciones. En cuanto a la conclusión que figura en el párrafo 33, a saber, que un Estado podrá formular reservas respecto de un tratado que será aplicado provisionalmente si existen razones para pensar que la entrada en vigor se demorará «por tiempo indefinido», el orador se pregunta si la demora debe ser necesariamente indefinida.

63. En relación con la nulidad de los tratados, en el informe se confirma el principio, ya incluido en el tercer informe, de que, una vez que un tratado se aplica provisionalmente, no puede invocarse el derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que se derivan de su aplicación provisional. No obstante, en el presente informe también se hace referencia a una situación más compleja cuando el propio tratado alude expresamente al derecho interno de los Estados negociadores y supedita su aplicación provisional a que se satisfaga la condición de que no se estaría infringiendo el derecho interno. Como se menciona en el informe, esa situación queda bien ilustrada en los casos *Yukos* y *Kardassopoulos*, que analizan la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía. El análisis que figura en los párrafos 40 a 68 del informe debería haber incluido más ejemplos de la práctica de los Estados en lo que respecta a su enfoque de la aplicación provisional de los tratados, en particular en sus respectivas constituciones.

64. Por lo que se refiere a la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación como consecuencia de su infracción, en el informe se hace referencia al principio establecido en la Convención de Viena de 1969 según el cual la aplicación provisional de un tratado respecto de un Estado terminará si este notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo. En el informe también se hace referencia al principio de que puede ponerse fin a un tratado que se aplica provisionalmente como consecuencia de su infracción grave. En opinión del orador, el Relator Especial debería haber desarrollado esos dos principios con ejemplos de la práctica de los Estados y estudiado la formulación de un nuevo proyecto de directriz sobre esa base. Se podría formular otro proyecto de directriz sobre la suspensión de la aplicación provisional de un tratado que incluya una referencia a la relación entre la infracción del tratado aplicado provisionalmente y la suspensión de su aplicación, así como a la suspensión total del tratado, a su suspensión respecto de solo algunas partes en un tratado multilateral y a la suspensión de únicamente ciertas disposiciones del tratado aplicado provisionalmente.

65. En cuanto a la sucesión de Estados, en el informe se hace referencia al trato de la aplicación provisional de los tratados en caso de sucesión de Estados previsto en la Convención de Viena de 1978 y se menciona además que la Comisión ya ha señalado que la importancia de la aplicación provisional, en el contexto de la sucesión de Estados en materia de tratados multilaterales, se centra en los casos relativos a la creación de nuevos Estados independientes. No obstante, el informe debería haber complementado esa descripción con ejemplos concretos de casos relativos

a tratados bilaterales y multilaterales con la participación de Estados de reciente independencia y otros Estados. El análisis podría haber concluido con la formulación de una nueva directriz sobre esos distintos casos.

66. Con respecto a la práctica de las organizaciones internacionales, el análisis contenido en el capítulo III del informe es informativo y pertinente, ya que complementa la sección análoga del tercer informe. No obstante, una vez más, ese análisis debería haberse reflejado en una propuesta o un proyecto de directriz concretos; es importante que la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales se diferencie claramente y no se aborde en las mismas directrices. En cuanto a la función de la Secretaría de las Naciones Unidas con respecto a la aplicación provisional de los tratados, concretamente en el contexto de sus funciones de registro y de las funciones de depositario del Secretario General, el orador conviene en que el reglamento para el registro de 1946⁴⁵⁰ debe revisarse y armonizarse con el estado actual de la práctica.

67. En relación con la práctica de las organizaciones internacionales regionales, el orador confirma que los Estados miembros de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental han recurrido cada vez más a la inclusión de una cláusula sobre la aplicación provisional en sus tratados, aunque esa práctica es un tanto incoherente. Además, el tema principal del programa de un foro organizado por la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana en El Cairo el año anterior fue «Dificultades de la ratificación y aplicación de los tratados en África», cuestión estrechamente relacionada con la aplicación provisional de los tratados. También habría sido útil incluir en el informe información sobre la práctica de los miembros de la Unión Africana, principal organización regional del continente.

68. El proyecto de directriz 10 parece haberse inspirado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969; no obstante, no se ocupa de los casos en que el tratado aplicado provisionalmente se refiere expresamente a las leyes internas de los Estados. Por consiguiente, el proyecto de directriz debe revisarse para indicar que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación provisional de un tratado, a menos que el propio tratado permita expresamente a una parte hacerlo. También puede aludirse a la preocupación expresada por muchos Estados de que esa aplicación provisional debe quedar supeditada a sus exigencias constitucionales. El orador agradecería que el Relator Especial explicara el contexto general de ese proyecto de directriz y su relación con los otros proyectos de directrices.

69. En cuanto a la labor futura sobre el tema, el Relator Especial se limita a mencionar su intención de abordar algunos temas pendientes de los que no se ocupa en el presente informe y se habría agradecido una hoja de ruta más detallada, así como una explicación de la naturaleza, el alcance y la formulación de las cláusulas modelo propuestas.

⁴⁵⁰ Resolución 97(I) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1946.

70. En conclusión, el orador recomienda que el proyecto de directriz propuesto se remita al Comité de Redacción y espera que el Relator Especial complemente ese proyecto de directriz con otras directrices conexas.

71. El Sr. FORTEAU dice que, en realidad, sería muy fácil averiguar la práctica de los Estados con respecto a la aplicación provisional de los tratados, ya que los depositarios de tratados publican la información en Internet. Como se señala en el informe, en lo que respecta a las Naciones Unidas, por ejemplo, entre 1946 y 2015 se registraron 1.349 medidas relacionadas con la aplicación provisional, por lo que es indudable que un examen de esas solicitudes sería muy ilustrativo.

Se levanta la sesión a las 17.10 horas.

3328ª SESIÓN

Martes 26 de julio de 2016, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Más tarde: Sr. Georg NOLTE (Vicepresidente)

Miembros presentes: Sr. Caflich, Sr. Candiotti, 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. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁴⁵¹ (A/CN.4/689, cap. II, secc. F⁴⁵², A/CN.4/701⁴⁵³)

[Tema 3 del programa]

QUINTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita a la Relatora Especial para el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado a presentar su quinto informe (A/CN.4/701).

⁴⁵¹ En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4 y los comentarios correspondientes (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 43 y ss., párrs. 48 y 49). En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 e y 5 y los comentarios correspondientes (*Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 155 y ss., párrs. 131 y 132). En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión tomó nota de los proyectos de artículo 2 f y 6 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción (*Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), págs. 75 y 76, párr. 176 y nota 385).

⁴⁵² Disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 68º período de sesiones.

⁴⁵³ Reproducido en *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte).